

THE HIDAYAH,

WITH

ITS COMMENTARY,

CALLED

THE KIFAYAH.

A Treatise on the Questions of Mohammadan Law,

PUBLISHED UNDER THE AUTHORITY OF THE COMMITTEE OF PUBLIC INSTRUCTION

BY

HUKEEM MOULVEE ABDOOL MUJEED,

With the Assistance of several learned Men of Calcutta

VOLUME II

PRINTED AT HUKEEM ABDOOL MUJEED'S MEDICAL PRESS, TALTAH. NO. 46,

1834.

To

W.H.MACHNAGHTON Esq.

Secretary to the Government of India.

&c.

&c.

&c.

SIR

Your intimate acquaintance with Oriental Sciences, particularly with Mohumudun Law, which by your exertions has been extensively diffused throughout this country, gives you a claim to the gratitude of all our learned world, and although it be difficult for us to fulfil this duty as we ought yet considering the adage that "*non licet omnia atingere, detur; sed non fas est omnia prætermittere*" we must not pretend to decline it altogether;

Whilst life remains we shall not shrink

To pay our thanks to thee

Although we all must blush to think

How poor these thanks shall be.

Now of the books of legal science, the excellent work called the Hidayah with its commentary Kifayah stands without a rival, and as its present publication is owing to your recommendation, I, the Corrector and Printer, to do the work more honor, have taken the liberty of inscribing it, with your name.

I have the Honor with much respect to be

Sir

Your very obliged and obedient servant,

ABDOOL MUJEED

الهداية (مع شرحها) الكفاية

في المبادئ الفقهية ودلائلها العقلية والعقلية

قد اهتم بطبعهما معاً مع بذل الجهد في حسن ترتيبهما وتصحيحهما

خادم العلماء مهين الأطباء

عبد المجيد

مفاعنه الله الوحيد

امثالاً لامر كيتش اف بيلك انتر كشن

اي الشوري التعليمية

بإعانة العلماء الاعلام والفضلاء الكرام حفظهم الملك المنعم

فاضي القضاة محمد عبد من علي خان والمولوي بدیع الدين والمولوي سليماني واخي المولوي عبد الله

والمولوي محمد علي والمولوي احمد حسين والمولوي محيى الرحمن والحكيم عبد الله

في الكنته

في المطبع الطبي بمحلة تال تلامعة ٤٦

جلد ٢

سنة ١٢٥٠ هجري

الهداية (مع شرحها) الكفاية

في المعانيل الفقهية ودلائلها العقلية والعقلية

قد اهتم بطبعهما معاً مع بذل الجهد في حسن ترتيبهما وتصحيحهما

خادم العلماء مهين الأطباء

عبد المجيد

مفاعنه الله الوحيد

امثالاً لامر كميته اف يملك انتر كشن

اي الشوري التعليمية

با عانة العلماء الاعلام والفضلاء الكرام حفظهم الملك المنعم

فاضي الفضة محمد عباس علي خان والمولوي بديع الدين والمولوي سليمان واخي المولوي عبد الله

والمولوي محمد علي والمولوي احمد حسين والمولوي مجيب الرحمن والشيخ الكبير عبد الله

في الكفنة

في المطبع الطبي بمحلة تال تلامعة ١٣٦

جلد ٢

سنة ١٣٥٠ هجري

فهرس الهداية والكفاية

المجلد الثاني

كتاب النكاح

٩١	فصل	٩	فصل في بيان المحرمات
٩٥	باب نكاح الرقيق	٣٣	باب الاولياء والاكفاء
١١٠	باب نكاح اهل الشرك	٤٩	فصل في الكفاءة
١٢٢	باب القسم	٥٤	فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها
		٥٨	باب المهر

كتاب الرضاع

كتاب الایمان ٤٧٣

باب اليمين في البيع والشراء	باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا ٤٧٩
٥٤٦ والتزوج وغير ذلك	٤٨٥ فصل في الكفارة
باب اليمين في الحج والصلوة والصوم ٥٥٣	باب اليمين في الدخول والسكنى ٤٩٣
باب اليمين في لبس الثياب	باب اليمين في الخروج والاتبان
٥٥٦ والحلي وغير ذلك	٥٠١ والركوب وغير ذلك
باب اليمين في الضرب والقتل وغيره ٥٥٩	باب اليمين في الاكل والشرب ٥٠٧
باب اليمين في تقاضي الدراهم ٥٦٢	باب اليمين في الكلام ٥٢٣
٥٦٦ مسائل متفرقة	٥٢٢ فصل
	باب اليمين في العتق والطلاق ٥٣٧

كتاب الحدود ٥٦٩

٦٢١ باب حد الشرب	٥٧٥ فصل في كيفية الحد واقامته
٦٢٦ باب حد القذف	باب الوطى الذي يوجب الحد
٦٤٤ فصل في التعزير	٥٨٦ والذي لا يوجبه
	باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها ٦٠٣

كتاب السرقة ٦٤٨

٦٩١ باب ما يحدث السارق في السرقة	٦٥٥ باب ما يقطع فيه وما لا يقطع
٦٩٤ باب قطع الطريق	٦٦٤ فصل في الحرز والاختصام
	٦٧٤ فصل في كيفية القطع واثباته

كتـ باب الطلاق ١٤٠

٢٧٨	باب الخلع	١٤٠	باب طلاق السنة
٢٩٤	باب الظهار	١٤٨	فصل
٣٠٠	فصل في الكفارة	١٥٤	باب ايقاع الطلاق
٣١٦	باب الملان	١٦٦	فصل في اضافة الطلاق الى الزمان
٣٢٦	باب الغنيين وغيره	١٧١	فصل
٣٣٢	باب العدة	١٧٨	فصل في تشبيه الطلاق ووصفه
٣٤٧	فصل	١٨٢	فصل في الطلاق قبل الدخول
٣٥٣	باب ثبوت النسب	١٩٥	باب تفويض الطلاق
٣٦٣	باب الولد من احق به	١٩٥	فصل في الاختيار
٣٦٨	فصل	٢٠١	فصل في الامر باليد
٣٧٠	باب النفقات	٢٠٧	فصل في المشية
٣٧٨	فصل	٢٢٠	باب الايمان في الطلاق
٣٨٣	فصل	٢٣٣	فصل في الاستثناء
٣٨٦	فصل	٢٣٧	باب طلاق المريض
٣٨٩	فصل	٢٤٨	باب الرجعة
٣٩٦	فصل	٢٦٢	فصل فيما تحل به المطلقة
		٢٦٩	باب الايلاء

كتـ باب العتاق ٣٩٨

٤٥٠	باب العتق على جعل	٤١١	فصل
٤٥٧	باب التدبير	٤١٧	باب العبد يعتق بعضه
٤٦٠	باب الاستيلاء	٤٣٦	باب عتق احد العبدتين
		٤٤٦	باب الحلف بالعتق



كتاب النكاح

قال النكاح ينعقد بالاجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعها فقد جعلت للنشاء شرعا دفعا للحاجة

كتاب النكاح

النكاح في اللغة الضم ثم يستعمل في الوطى اوجود الضم فيه والعقد لانه سببه وهو لا يوجد الا بركنه من اهله مضافا الى محله كسائر العقود الشرعية فالركن هو الايجاب والقبول واهله من هو اهل سائر العقود ومحله ما هو قابل احكمه وحكمه الملك والحل والتوالد والتناسل من المقاصد وهو افضل من التخلي لنفل العباد وقال الشافعي رحمه الله التخلي افضل الا ان تتوق نفسه الى النساء ولا يصبر على التخلي لان النكاح من المعاملات حتى يصح من الكافرو العباد اقوى من المعاملة لان العبادات شرعت لله تعالى والمعاملات شرعت لنا ولنا قوله عليه السلام من كان على ديني ودِين داؤد فليتزواج وان لم يجد اليه سبيلا فليجاهد في سبيل الله فجعل النكاح من الدين وقد مه على الجهاد وقد انهى رسول الله عليه السلام في التزوج الى العدد

مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتو اى طرفي النكاح
على ما بينه ان شاء الله تعالى وينعقد بلفظة النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة
وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه
ولا مجاز اعنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوك اصلا
ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح
والسببية طريق المجاز

قوله مثل ان يقول زوجني اي يقول الخاطب لولي المرأة زوجني ابنتك اول للمرأة
زوجني نفسك فيقول زوجتك وهذا ليس بشرط الا نعقاد بالماضي والمستقبل حقيقة
لان قوله زوجني توكيل فلا يكون شرط العقد ويكون قول الوكيل زوجت بمنزلة
شطري العقد لكن كون قوله زوجت بمنزلة شطري العقد لا يتحقق الا بقوله
زوجني فلذلك مثل به ونظيره قول الرجل اتزوجك بكذا انقالت تزوجت او فعلت
قوله لان التمليك ليس حقيقة فيه اي في النكاح لانها لو كانت حقيقة فيه لكانت
موضوعه له ويفهم بها ما فهم به كالا سماء المترادفة وليس كذلك والمجاز
لا يكون الا بمشاكله في المعاني المختصة ولم يوجد اذ التزويج هو التلفيق والنكاح
الضم وليس فيهما ما يدل على الملك وليس في التمليك معنى التلفيق والضم ولهذا
لو اشترى منكوحته يفسد النكاح ولو كان بينهما ملازمة لما فسد بذلك بل تأكد
قوله سبب ملك المتعة في محلها احتراز به عن تمليك الغلمان والبهاائم وغيرها فان
تمليكها ليس بسبب ملك المتعة التي هي الوطى ولنا ان الاتصال سببا صحيحا
الاستعارة كالاتصال معنى وقد تحقق الاتصال من حيث السببية اذ اللفظ الموضوع لملك
الرقبة يوجب ملك الرقبة وملك الرقبة سبب لملك المتعة في محلها والنكاح يوجب

وينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي وبالأخر عن المستقبل

المشروع له وقد اشتغل بهن عن التخلي للعبادة فثبت انه افضل من التخلي لانه عليه السلام كان يجتهد لسلوك افضل طريق الدين وقد هم قوم بالتخلي لعبادة الرحمن وطلاق النسوة ان فرد عليهم النبي عليه السلام بقوله تناكحوا توالدوا تكثروا فاني ابا هي بكم الامم يوم القيمة فهذا الامر لا يخلو اما ان كان للوجوب كما هو حقيقته اولم يكن فان كان للوجوب ظهر رجحانه على النوافل لان الواجب راجح على النفل اجماعا وان لم يكن للوجوب يكون للسنة اذا لندب والا يا حبة انتفى بقوله عليه السلام النكاح من سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني والسنة راجحة على النفل اجماعا فان قيل النكاح سنة عندي اذا تافت نفسه اليهن قلنا انه عليه السلام جعل سنة مطلقة لا مقيدة كما زعمت فان قيل الله تعالى مدح يحيى ومكونه سيدا وحصورا وهو لا يأتي النساء مع القدرة فلو كان النكاح افضل لما استحق المدح به قلنا في النص اشارة الى ان التخلي للعبادة والاصبر عن النساء ممدوح ونحن لانذمه امكننا قول النكاح باقامة شروطه افضل منه ويحتمل ان العزلة كانت افضل من العشرة في تلك الشريعة ثم نسخ في شريعتنا وصارت لعشرة خير من العزلة ولانه يشتمل على المصالح الدينية والدنيوية كحفظ النساء والقيام عليهن بالانفاق وصيانة نفسه عن الزنا وتكثير عباد الله وامة الرسول و تحقيق مباهاته وهو فرض عين عند اصحاب الظواهر وفرض كفاية عند بعض اصحابنا كما لجها د لظاهره الامر الوار دة فيه .

قوله وينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان النكاح انشاء تصرف والانشاء اثبات امر لم يكن وهو يعرف بالشرع لانه لم يوضع بازائه لفظ خاص فيستعمل اللفظ الموضوع للاخبار عن الماضي في الانشاء رفعا للمحاجة وانما خص به لانه يمتدعي سبق المخبرية ليكون الكلام صحيحا حكمة وعقلا فصار الوجود حقا له مقتضى الحكمة فاذا قصد الانشاء اختيار اللفظ الذي يلزمه الوجود .

ولا بلفظة الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظة الوصية لانها توجب الملك
مضافا الى ما بعد الموت *

قال ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حريين عاقلين بالغين
مسلمين رجلين او رجل وامرأتين عدولا كانوا او غير عدول او محمد ودين
في القذف قال رضي الله تعالى عنه اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح

ليس بمال لان المال غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي ولنا ان البيع يوجب ملكا هو
سبب ملك المتعة في محله فكان طريق المجاز موجودا فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظ
الاجارة لانه ليس بسبب ملك المتعة اذ هو موجب لملك المتعة وبملك المتعة لا يستفاد
ملك المتعة وعن الكرخي انه ينعقد به النكاح لان المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة
وقد سمي الله تعالى العوض في النكاح اجرا بقوله فأتوهن اجورهن وهو يشعر بان
مشاكل الاجارة ولنا ان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لا ينعقد الاموردا والاجارة
لا تنعقد الاموثة وبينهما مغايرة على سبيل المنافة فأنى تصح الاستعارة *

تذلل ولا بلفظة الاباحة والاحلال والاعارة لان هذه الالفاظ لا توجب ملك العين اما الاعارة
فلانها لتمليك المنافع اولا باحتها واما الاخران فلانهما لا يوجبان ملكا فان من احل
او اباح لغيره طعاما فانه يتلفه على ملك المبيع ولا بلفظة الوصية لانها توجب الملك
مضافا الى ما بعد الموت ولو صرح بلفظ النكاح مضافا الى ما بعد الموت لا يصح كذا هذا
فان قيل الهبة ايضا لا توجب الملك ما لم ينضم اليها القبض قلنا الهبة لا توجب اضافة الملك
ولكن الضعف في السبب لتعريفه عن العوض يتاخر الملك الى ان يتقوى بالقبض وينعدم
ذلك الضعف اذا استعمل في النكاح لان العوض يجب به نفسه مع ان المملوك بالنكاح
بنفس العقد لا يصير كالمقبوض ولهذا لو ماتت عقيب العقد تقرر البذل فكان هذا بمنزلة عين
في يد الموهوب له فيوجب الملك بنفسه كذا في المبسوط *

(كتاب النكاح)

وينعقد بلفظة البيع هو الصحيح لو جود طريق المجاز ولا ينعقد بلفظة الاجارة
في الصحيح لانه ليس بسبب ملك المتعة

ملك المتعة فصحت الاستعارة لوجود الاتصال سببا ولان التمليك صالح لا ثبات الملك
وقد صدر من اهله مضافا الى محله قابل الملك فوجب ان يثبت لثبوت الملك
واذا ثبت الملك ثبت المحل والازدواج ضرورة انه لا ينفك عنه وهذا لان المستوفي
بالوطي مملوك بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة انه اختص به انتفاعا وحجرا
ولن يثبت الاختصاص والحجر الا بالملك فدل ان المحل قابل للملك شرعا
فان قيل انه ليس بمال انتفاعا وغير المال لا يقبل الملك ولان المنافع معدومة والمعدوم
لا يقبل الملك على ان الملك لو ثبت في النكاح اثبت تبعه لالازدواج والانضمام وهنا لو ثبت
الملك اثبت اصلا وهذا خلاف المشروع قلنا غير المال قابل للملك كملك المقصاص حتى
جرى فيه الارث والاعتياض والمستوفي بالوطي في حكم العين حتى كان التايد من
شرطه كالبيع لا كالاجارة ولو كان الازدواج والا نضمام اصلا والملك تبعا لما صح ايجاب
العوض على الزوج لان ذاك مشترك بينهما والدليل على ان الملك اصل ان
الطلاق بيد الزوج لانه كالمالك وانما انعقد بلفظ النكاح والتزويج لانهما جعلتا علما عليه
والعلم يعمل وضعالا بمعناه كالتص في دلائل الشرع فلما ثبت الملك بهما وضعهما مع انهما
لا يثبتان عنه فلان يثبت بما ينبت عنه اولي *

قوله وينعقد بلفظة البيع بان قالت المرأة بعثك نفسي او قال اب ابنة بعثك ابنتي
بكذا وكذا لك بلفظ الشراء بان قال الرجل لامرأة اشتريتك بكذا فاجابت بنعم
قوله هو الصحيح احتراز عن قول ابي بكر الاعمش فانه يقول لا ينعقد بلفظ البيع لانه خاص
لتمليك مال بمال والمملوك بالنكاح ليس بمال

وانما الغائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته ولا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقرين
قال وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر
 لا يجوز لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكا فر على المسلم فكانهما لم يسمعا كلام المسلم
 ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر
 لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة نشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها بخلاف
 ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلا ميتهما والشهادة شرطت على العقد

بعد الخلفاء الاربعة لم يخلو من الفسق فالقول بالخروج عن الامامة بالفسق يؤدي
 الى فساد عظيم ومن ضرورة كونه اهلا للامامة كونه اهلا للقضاء لان تقلد
 القضاء انما يكون من الامام ومن ضرورة كونه اهلا للقضاء كونه اهلا للشهادة لان القاضي
 لا بد ان يكون اهلا للشهادة وقيد بالعدالة في هذا الحديث واطلق فيما روينا
 اولا فيعمل بالمطلق والمقيد ولا نحمله على المقيد لما عرف ولا نكر العدالة
 في موضع الاثبات فيقتضي عدالة ما وذا من حيث الاعتقاد وهذا لان العدالة
 ضد الظلم والشرك ظلم عظيم لقوله تعالى ان الشرك اظلم من الظلم فكان الايمان عدلا
 فاستقامت الاضائة اليه ونقول المراد بشاهدي عدل فائلي كلمة عدل وهي كلمة التوحيد
 وقيل هذه المسئلة بناء على ان الفسق لا ينقص من ايمانه عندنا لانه لا يزيد ولا ينقص
 والا اعمال من شرائع الايمان لا من نفسه وعنده الشرائع من نفس الايمان ويزداد
 الايمان بالطاعة وينقص بالمعصية فجعل نقصان الدين بالفسق كنقصان الحال بالرق والصغرة
قوله وانما الغائت ثمرة الاداء بالنهي وهو قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدوا بالنهي عن
 قبول الشيء يقتضي تحقق ذلك الشيء **قوله** ولا يبالي بفواته اي بفوات الاداء كما في
 شهادة العميان اي ينعقد النكاح بشهادة العميان وان لم يقبل اداؤهم وكذا يصلح ابن
 العاقر وابوه شاهدان في انعقاد النكاح ولا يصلح للاداء عند القاضي **قوله** ولهما ان الشهادة شرطت

(كتاب النكاح)

لقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك رحمه الله في اشتراط الاعلان دون الشهادة ولا بد من اعتبار الحرية فيها لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في النكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى وسيعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضور الغاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى عليه لانه الشهادة من باب الكرامة والغاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه صلح مقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهد والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا

قوله لقوله عليه السلام لا نكاح الا بالشهود فان قيل كيف جاز تخصيص عموم قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم وغيره من الاي بخبرا الواحد قلنا ذكر فخر الاسلام في المبسوط هذا حديث مشهور تلقته الامّة بالقبول فتجوز الزيادة بمثله على كتاب الله تعالى ولان ذلك عام خص منه مواضع المحرمات فيجوز تخصيصه حينئذ بخبرا الواحد وهو حجة على مالك وكذلك على ابن ابي ليلى وعثمان البتي فانهم يقولون الشهود ليسوا بشرط في النكاح انما الشرط الاعلان حتى لو اعلنوا بحضور الصبيان والمجانين يصح النكاح ولو امر الشاهدين بان لا يظهر العقد لا يصح لانه عقد فلا تشترط لصحته الشهود كسائر العقود وانما شرط الاعلان لقوله عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف **قوله** لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية اي لعدم ولايته على نفسه **قوله** ولا تشترط العدالة خلافا للشافعي رحمه الله هو يتمسك بقوله عليه السلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل **قوله** ولانه صلح مقلدا اي انه مع فسقه اهل الامامة والسلطنة فان الائمة

فصل في بيان المحرمات

قال لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا جداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى
حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والجداات امهات اذ الام هو الاصل لغة
او ثبتت حرمتهم بالاجماع .

قال ولا يثبت له لما تلونا ولا بنت واده وان سفلت للاجماع ولا باخته ولا بنات اخته
ولا بنات اخيه ولا بعمنته ولا بخالته لان حرمتهم منصوص عليها في هذه الآيات وتدخل
فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة
قال ولا بام امرأته دخل بابنتها ولم يدخل لقوله تعالى وامهات
نساءكم من غير قيد الدخول ولا يثبت امرأته التي دخل بها لثبوت

فصل في بيان المحرمات

قوله اذ الام هو الاصل لغة قال الله تعالى هن ام الكتاب اي اصل يرد اليه المتشابه
وعلى قول من يقول ان اللفظ الواحد يجوز ان يراد به الحقيقة والمجاز في محلين
مختلفين فحرمة الجدات ثابتة بالنص ايضا لان اسم الامهات يتناولهن مجازا وعلى
هذا البنات اما ان يتناول لفظ البنات على بنات البنات وبنات الابن بطريق المجاز
او يثبت حرمتهم بالاجماع **قوله** من غير قيد الدخول حرمة الامهات ثابتة بنفس
العقد عندنا وعند بشر المريسي وابن شجاع ومالك وداؤد وفي احد قولي الشافعي رحمهم الله
لا يثبت الا بالدخول بالبنت وهو مذهب علي وزيد بن احمد رضي الله تعالى عنهما
لقوله تعالى وامهات نساءكم والاصل ان الشيء اذا عطف على شيء في حكم وذكر في
المعطوف شرط فذا ينصرف اليهما كمن قال فلانة طالق وفلانة طالق ان دخل زيد الدار

ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد
سواهما جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرة لاتحاد المجلس فيكون الوكيل سفيرا
ومعبرا فيبقى المزوج شاهد او ان كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف
فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرة على هذا اذ زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد
واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لا يجوز والله تعالى اعلم بالصواب *

يريد به ان الشهادة انما شرطت في باب النكاح اظهارا لخطر المحل الذي
ورد عليه النكاح لان ورود ملك النكاح على الحرية وصيرورتها مصبا لفضلة مستندة
يشعر برقتها وهوانها فشرط الشهادة لورود الملك عليها تضيقا لطريق الوصول اليها
ازالة لهوانها واما الثابت في جانب الزوج بالعقد وجوب المهر في ذمته ولا تشترط
الشهادة في وجوب المال وهذا بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان ورود الملك عليها انما
يكون بالعقد وانما ينعقد بكلاميهما فيشترط سماع كلا منهما *

قوله يجعل مباشرة لاتحاد المجلس وانما احتيج الى نقل كلام المباشري الى الاب
مع ان الاب يصلح شاهدا في النكاح لان الوكيل في باب النكاح سفير ومعبّر اذا كان الاب
حاضرا فهذا العقد من الوكيل صورة ومن الاب معنى من حيث ان المحقوق ترجع الى الموكل
فكان الاب مزوجا معنى والوكيل مزوج حقيقة فينتقل هذا العقد الى الاب من حيث
الصورة ايضا فيصير الاب مزوجا من كل وجه فيبقى الوكيل شاهدا والشئ انما يقدر حكما
اذا تصور حقيقة والاب اذا كان في المجلس امكن ان يجعل مزوجا حقيقة فامكن ان يجعل
مزوجا تقديرا واذا كان غائبا لا يمكن ان يجعل مزوجا من كل وجه لان العقد انما يصح
بالايجاب والقبول في مجلس واحد وتونقل اليه وهو غائب لوقع الايجاب في المجلس
والقبول في مجلس آخر وذلك يبطل العقد والله تعالى اعلم بالصواب

لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال ببقى الدخول *

قال ولا بامرأة ابية واجداد لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ولا بامرأة ابنة وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم

فقد جعلت من لبيان النساء وتمييز المدخول بهن من غير المدخول بهن واذا قلت وورائكم من نساكنكم اللاتي دخلتم بهن فانك جاعل من لا بداء الغائبة كما تقول بنات رسول الله من خديجة وليس بصحيح ان يعنى بالكلمة الواحدة في خطاب واحد معنيان مختلفان ولا يجوز الثاني لان ما يليه هو الذي يستوجب التعلق به وهو ما ذهبنا اليه *

قوله لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة فان بنت المرأة تكون في حجر زوج امها اي في تربيته وذكر في مبسوط شيخ الاسلام قوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم فتعلق الاباحة بالدخول دليل على ان الحرمة لم يتعلق بالحجران قيل يحتمل ان يكون الحرمة متعلقة بعلة ذات وصفين وهما الدخول والحجر ثم تنفي الحرمة بانتفاء احدهما لان الشيء ينتفي بانتفاء الجزء فكانت كالقراية مع الملك في حق العتق حيث ينتفي العتق بانتفاء احدهذين الوصفين فكذلك ههنا ثبوت الاباحة عند انتفاء الدخول لا يدل على ان الحرمة غير متعلقة بالدخول والحجر قلنا نعم كذلك الا ان الاستعمال في مجازي الكلام عند نفي الحكم ينفي علة التي هي ذات وصفين هونفي الوصفين جميعا ونفي علة مطلقا واما ان ينفي احد وصفيه ويسكت عن الآخر فلا حيث لا يقال لم يعتق لانه لم يرد الملك عليه او لم يرد القراية عليه بل يقال لانه لم يرد عليه الملك مع القراية او لم يوجد علة العتق وكذلك لا يقال لا يجري حكم الربوا وهو حرمة الفضل بين هذين البدلين لانه لم توجد الجنسية او لم يوجد القدر بل يقال لم يوجد القدر مع الجنسية او لم توجد علة الربوا لان الاصل في النساء الحرمة بدليل ان الحرمة

قيد الدخول بالنص سواء كانت في حجرة أو في حجر غيره

فشرط الدخول ينصرف إليهما فكذا هنا وذكرام المرأة ثم عطف عليها الربائب ثم شرط الدخول فانصرف إليهما ولنا قوله عليه السلام من تزوج امرأة حرمت عليه أمها دخل بها أو لم يدخل وحرمت عليه بنتها إن دخل بها ولا إن الله تعالى حرم أم المرأة مطلقاً بلا قيد الدخول فمن قيد به فقد نسخ والدخول ليس بشرط بل هو تحريم شخص موصوف بصفة معطوف على شخص غير موصوف بصفة وعطف الموصوف على غير الموصوف لا يقتضي ذكر الصفة في غير الموصوف كمن قال زينب طالق وعمرة القائمة فإنه لا يشترط صفة القيام في زينب لوقوع الطلاق عليها والنساء المذكورة في قوله تعالى وأمها نسا نكم مخفوض بالاضافة وفي قوله تعالى من نسا نكم مخفوض بحرف من والمخفوضان بآداتين لا ينعتان بنعت واحد الا ترى أنه لا يستقيم أن تقول مررت بزيد إلى عمر والطريقين ولو كانا مخفوضين بخافض واحد جاز ذلك بأن يقول مررت بزيد وعمر والطريقين وأما الشرط أنما يعود إلى الجميع إذا ما كان ولم يمكن ههنا لأنه يؤدي إلى أن يكون الشيء الواحد معمولاً بعاملين مختلفين لامحالة لأن العامل في الموصوف هو العامل في الصفة ثم في قوله تعالى وأمها نسا نكم مجرور بالاضافة وفي قوله تعالى من نسا نكم بحرف الجر فلورجع قوله اللاتي دخلتم بهن إليهما لصار معمولاً بالاضافة وحرف الجر وذا لا يجوز وفي الكشف قوله تعالى من نسا نكم اللاتي دخلتم بهن لا يخلو أما أن يتعلق بقوله أمها نسا نكم وبالربائب فتكون حرمة الأمهات وحرمة الربائب غير مبهمتين وأما أن يتعلق بالأمهات دون الربائب فتكون حرمة الأمهات غير مبهمة وحرمة الربائب مبهمة فلا يجوز الأول لأن معنى من مع أحد المتعلقين خلاف معناه مع الآخر لا تراكم إذا قلت وأمها نسا نكم من نسا نكم اللاتي دخلتم بهن

لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطاق المنكوحة للمجمع الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطاق المنكوحة لعدم المجمع وطئا ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم المجمع وطئا اذا المرفوعة ليست موطوءة حكما فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما الاولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احدهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للضرر فتعين التفريق ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الا ولوية للمجهل بالاولية فيصرف اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما انها الاولى او الا اصطلاح لجهالة المستحقة ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها وابنة اخيها وابنة اختها

قوله لان المنكوحة موطوءة حكما حتى لو تزوج مشرقي مغربية وولدت اولاد اثبت نسبهم منه للوطئ حكما فان قيل لما كان النكاح قائما مقام الوطئ وجب ان لا يجوز هذا النكاح كيلا يصير جامع بينهما وطئا حكما كما قال مالك رحمه الله قلنا نفس النكاح ليس بوطي وانما صار كالوطئ عند ثبوت حكمه وهو حل الوطي وحكم النكاح يثبت بعده فالنكاح في حال وجوده ليس بوطي فيصح لوجوده في محله **قوله** ولهما نصف المهر اي الاقل من نصفي المهر لان فيه تعيينا وهذا لان كل واحدة منهما ان كانت سا بقية فلها نصف المهر وان كانت لاحقة فلا شيء لهما فكان لكل واحدة ربع المهر فان قيل ينبغي ان لا يقضى على الزوج بشي كما روي عن ابي يوسف رحمه الله لان المقضي له مجهول وجهالة المقضي له تمنع القضاء كمن قال لرجلين لاحد كما علي الف درهم فانه لا يكون لاحدهما ان يأخذ منه شيئا مالم يصطحا قلنا قد قالوا معنى المسئلة ان يدعي كل واحدة انها هي الاولى ولا حجة اما اذا قلنا لا ندري اي النكاحين اول لا يقضى لهما بشي مالم يصطحا على اخذ نصف المهر لان الحق وجب لمجهولة فلا بد من الدعوى او الا اصطلاح

(كتاب النكاح - فصل في بيان المحرمات)

وذكر الا صلاب لا سقاط اعتبارا را التبنّي لا لا حلال حليّة الابن من الرضاعة
 ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة لقوله تعالى وامها تكم اللاتي
ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه الصلوة والسلام يحرم من
الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين اختين نكاحا ولا بملك يمين وطئا لقوله تعالى
وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر
فلا يجمعن مائه في رحم اختين فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح اصدوره
من اهله مضافا الى محله واذا اجاز لا يطأ الامة وان كان لم يطأ المنكوحه

ثبتت بالشبهات لا المحل فلو كان المحرم الدخول شرط المحرمه الريبة كان الاولى ان
 يكتفى باحدهما في موضع المحرمه فلما لم يكن النظم هكذا علم ان ذكر الحجر خرج
 على وفاق العادة لا الشرط

قوله وذكر الا صلاب لا سقاط اعتبارا را التبنّي فان التبنّي قد انتسخ بقوله تعالى
ادعوهم لابائهم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم تبني زيد بن حارثة ثم
تزوج زينب بعد ما طلقها زيد فطعن المشركون وقالوا انه تزوج حليّة ابنه وفيه
نزل قوله تعالى ما كان محمد ابا احد من رجالكم فهذا التقييد هنا لدفع طعن المشركين
فان قيل ابن الابن لا يكون من صلبه فكيف يتناوله قلنا مثل هذا اللفظ يذكّر باعتبار ان
الاصل من صلبه كقوله تعالى خلقتكم من تراب والمخلوق من التراب هو الاصل كذا
في المبسوط **قوله** وان تجمعوا بين الاختين وهو في موضع الرفع لانه معطوف على
المحرمات اي وحرّم عليكم الجمع بين الاختين **قوله** اصدوره من اهله مضافا
الى محله اما الاهل فظاهروا ما المحل فلان الاخت المملوكه لم تصرف راشا
بنفس الوطى ولم يشغل رحمها بما نه شغلا معتبرا ولهذا الواعته لا يلزمها العدة
 ولا يثبت نسب ولدها الا بدعوتها •

لانها نعمة فلا تتال بالمحظور ولنا ان الوطى سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وكذلك

بالمصاهرة فيحرم الجمع كما لو كان بينهما محرمية نسبا او رضا عاقلنا المحرمية عبارة عن حرمة التناكح من الجانبين كما في الاختين نسبا اورضا كما ولم يوجد هنا لانا لو فرضنا امرأة الاب ذكر الا يحرم المناكحة لانه متى كان ذكر الم تكن امرأة الاب .

قوله لانها نعمة لان الله تعالى من علينا بالمصاهرة كما من بالنسب قال الله تعالى وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا والحكيم انما يمن بالنعمة ولان الاجنبية بها تلحق بالا مهات حتى يخلو بها ويسافر بها والزنا سبب للعقوبة فاني يستقيم تعليق النعمة به ولنا قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم اي لا تطأوا ما وطى آباؤكم لان النكاح حقيقة للوطى ومستعار للعقدة ولانه في اللغة الضم قال انكحت صم حصاها خف يعمله . وحقيقته في الوطى لانهما يصيران كشخص واحد حال ذلك الفعل ويثبت الازدواج حكما بالعقد لا حقيقة لانه سبب الانضمام الحقيقي فان حله بالعقد في الاصل وما نكح يعني من نكح لانه قال بعده من النساء وهو بيان لما سبق ذكره مبهما فالنص يقتضي حرمة وطي منكوحة الاب مطلقا فلا يقيد بالحلال كيلا يصير زيادة على الكتاب ولان الوطى الحرام مؤثر في افادة حرمة المصاهرة كالوطى الحلال وهذا لان الحلال ما كان سببا للحرمة لانه حلال بل لكونه سببا للجزئية بواسطة الولد والحرام شارك الحلال في السببية فيشاركه في الحرمة وهذا لان الوطى الحلال يجعل اصولها وفروعها كاصوله وفروعه واصوله وفروعه كاصولها وفروعها من وجه بيانه ان الولد جزء الوطى لان بعضه جزء حقيقة والبعض الآخر جزء معنى حتى تثبت احكام البعضية في الكل من العتق والارث وغيرهما وكذا في جانبها ولهذا يضاف الولد الى كل واحد منهما كملا فيقال هذا ولد فلان وفلانة والولد اسم للكل ومتى ثبت الجزئية بين كل واحد منهما وبين الولد ثبتت بينه وبينها بواسطة الولد

لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امرأتين لو كانتا أحدهما رجلا لم يجزله أن يتزوج بالآخرى لأن الجمع بينهما يفضي إلى القطيعة والقراءة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمة بينهما بسبب الرضاع تحرم لما روينا من قبل ولا بأس بأن يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر لا يجوز ولان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرًا لا يجوز له التزوج بامرأة أبيه فلنا امرأة الأب لو صورتها ذكرًا جازله التزوج بهذه والشرطان يصور ذلك من كل جانب (وقد صرح أن عبد الله بن جعفر رضى جمع بين امرأة علي رضى وبنته) ومن زنا بامرأة حرمت عليه أمها وبنتها وقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة

قوله لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها هذا نهى بصيغة الخبر وهو بالغ مما يكون من النهي ثم ذكر النهي من الجانبين للمبالغة في بيان التحريم أولا زالة الأشكال نربما يظن أن نكاح ابنة الأخ على العمّة لا يجوز ونكاح العمّة على بنت الأخ يجوز لتفضيل العمّة كما لا يجوز نكاح الأمّة على الحرّة ويجوز نكاح الحرّة على الأمّة وهذا الحديث مشهور تلقته العلماء بالقبول فتجوز الزيادة به على كتاب الله تعالى ولئن كان من الأحاد فقد ورد تخصيصا للكتاب وتخصيص عام ثبت خصوصه جائز وقد خصت المجوسية والوثنية من قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم فتخص هذه الصورة بهذا الخبر **قوله** لما روينا وهو قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب **قوله** والشرط أن يصور ذلك من كل جانب لأن حرمة الجمع لصون القرابة عن القطيعة وهذا إنما يتحقق إذا تحققت الحرمة من الجانبين لأن حرمة القرابة ثبتت من الجانبين فإما إذا ثبتت في أحد الجانبين فذلك حرمة الصهرية فلا تكون مفضية إلى القطيعة فإن قيل بينهما محرمة

والوطى محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا

الحجرفي موضع الحاجة الى بيان حكم الولد وجعل كل الولد منسوباً الى صاحب
الفراس ولان الجزئية بالتفرع وكله لم يتفرع عنه بل بعضه متفرع عنها اذا لم يتفرع كله
منه كيف يكون الكل جزؤه والمراد باضافته اليه بعضه لان اطلاق اسم الكل
على البعض شائع فعلم ان بعض الولد جزؤه وام الموطوءة ليست باصل لهذا القدر الذي
هو جزء الواطى فلا تصير ام الموطوءة في معنى امه ولئن صارت امه من وجه ولا نسلم
ان امه من وجه حرام فكيف يحرم و الام من وجه دون الام من كل وجه فحرمة الام
من كل وجه لا تدل على تجريم الام من وجه والام رضاعاً حرمت بالنص ولم تحرم استدلالاً
بالام من كل وجه قلنا كل الولد جزؤه لان احكام البعضية تثبت لكله لا لبعضه ولهذا يعتق كله
وعلى ما زعمت يجب ان يعتق بعضه ويجب نفقة كله ولو بعد الفرقة ولا ندعي بان كله
تفرع منه حقيقة لانه لانزاع في الحقائق بل ندعي انه في معنى المتفرع منه لان بعضه
متفرع منه حقيقة وقد اختلف بعضنا بذلك البعض على وجه لا يتميز وصار بالاختلاط كشيء
واحد فكل حكم يثبت لبعضه المتفرع منه يثبت لبعضها المختلط ببعضه ضرورة
عدم التمييز فكان الكل تفرع منه وانما اثبتنا الحرمة هنا استدلالاً بالام رضاعاً لانها ام من وجه
ولانها لما كانت اما من وجه كانت حراماً من وجه فيحرم احتياطاً ومن فروع
هذه المسئلة ابنته من الزنا بان زنى ببيكروا مسكها حتى ولدت ابنة فان نكاحها يحرم
عليه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله لانها بنته حقيقة فيحرم لقوله تعالى وبناكم
فان قيل لو كانت بنته لوجبته النفقة ولثبت التوارث واصارت امها ام ولد له فلما لم تثبت هذه
الاحكام عرفنا ان هذه غير مضافة اليه على الاطلاق فاذا لم يوجد له يدخل تحت نص
التحريم فبقيت داخله تحت نص الاباحة قلنا لما كانت مخلوقة من ما نه كانت مضافة
اليه من كل وجه وهذه الاحكام ان لم تثبت فلا تدل على عدم الاضافة اليه الا ترى

(كتاب النكاح ... فصل في بيان المحرمات)

على العكس والا ستمناع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة

حكما ضرورة اذ بعض الولد جزءا وقد اضيف كل الولد اليه فكان جزءا مضافا اليه ضرورة
وكذا هذا لا اعتبار في الجانب الآخر وهو امر حقيقي لا يختلف بحل السبب وحرمة
فصارت ام الموطوءة وبناتها في معنى امهاته وبناته من وجه لان ام الموطوءة جدة هذا الولد فيكون
اصل هذا الولد وكنان الولد في معنى فرع فرعها ولا يتصور كونه في معنى فرع فرعها الا
اذا كان الواطي فرعها معنى وام الموطوءة اصله لانها ما لم تكن اصله استحال ان يكون اصل
اصل فرعها وكذا هذا الاعتبار في جانب البنت والام والبنت من وجه حرام كالام والبنت من
كل وجه الا ترى ان الشرع حرم ام الرضاع مع انها ليست اصل كله بل هي اصل جزئه
با اعتبار انبات اللحم وانشار العظم بالرضاع وانما لم تحرم الموطوءة لان عملها
كعمل حقيقة البعضية وهي توجب الحرمة في غير موضع الضرورة لا في موضعها الا ترى
ان حوا رضي الله عنها خلقت من آدم عليه السلام وكانت بعضه حقيقة وهي حلال
له ضرورة فكذا البعضية الحكمية توجب الحرمة في غير موضع الضرورة وفي حق الموطوءة
ضرورة لانها لو حرمت لما حلت منكوحة والزنا من حيث انه سبب الولد ليس بحرام
لانه من هذا الوجه سبب البقاء واسباب البقاء مشروعة وانما حرم من حيث انه يضمن آثارا
فاسدة كفتح الماء على سبيل التضييع وفساد الفراش وهو من هذا الوجه ليس بسبب
لحرمة المصاهرة وبهذا تبين انه لا تمسك له بقوله عليه السلام الحرام لا يحرم الحلال
لان الحرمة ما نبطت بالزنا من حيث انه حرام بل من حيث انه سبب الولد وقائم مقامه
ولا عصيان ولا عدوان فيه وما قام مقام غيره فانما يعمل عمل الاصل كالتراب لما قام
مقام الماء نظرا الى كون الماء مطهرا وسقط وصف التراب فكذا هذا يهدر وصف الزنا بالحرمة
لقيامه مقام ما لا يوصف بها وهو الولد فان قيل ما ذكرتم ان الولد يضاف الى كل واحد
كملا ممنوع لانه ليس بولده فكيف يضاف اليه الا ترى انه عليه السلام اثبت للزاني

والصحيح ان لا يوجبها لانه بالانزال تبين انه غير مفض الى الوطى وعلى هذا اتيان المرأة في الدبر واذا طلق امرأته طلاقاً بائناً او رجعيّاً لم يحزله ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لم يوطئها مع العلم بالحرمة بحجب الحدوث لان نكاح الاولى قائم لبقاء احكامه كالنفقة والمنع والغراش والقاطع تأخر عمله ولهذا بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحمل فيتحقق الزنا

قبل ذلك ويزداد الاشتراء ان كان متحركاً وكان الفقيه محمد الرازي رحمه الله لا يعتبر تحرك القلب وانما يعتبر تحرك الآلة وكان لا يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير او الغنيم الذي ماتت شهوته حتى لم يتحرك عضوه بالملاسة *

قوله والصحيح ان لا يوجبها وقال بعض المشايخ ثبتت حرمة المصاهرة بالمس وان اتصل به الانزال وجه ذلك ظاهر فانه ثبتت حرمة المصاهرة بمجرد المس بشهوة فهذه الزيادة وان كانت لا توجب زيادة حرمة لا توجب خلافاً فيها **قوله** كالنفقة والمنع والغراش المعنى من الغراش هو صيرورة المرأة بحال لوجاءت بولد يثبت النسب منه وهذا كذلك مادامت العدة باقية وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلث يجوز والطلاق البائن الذي هو دون الثلث عنده انما يكون في الطلاق على مال لا غير لان الكنايات عنده رواجع والخلع فسخ وليس بطلاق فتعين هذا **قوله** والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق جواب عن قول الشافعي رحمه الله وايضا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ذكر في كتاب الطلاق معتدة عن طلاق ثلث جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج اذا انكره ففي قوله لا يثبت نسبه منه اذا انكره دليل على انه لو ادعى ثبت

(كتاب النكاح فصل في بيان المحرمات)

ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي رحمه الله لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسته امرأة بشهوة ونظرة الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة له ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والا حرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا ان المس والنظر سبب دأع الى الوطى فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم المس بشهوة أن تنتشر الآلة او تزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند تكائها ولو مس فانزل فقد قيل ان يوجب الحرمة

ان الابن الكافر لا يرث ولا يستحق النفقة على الاخ المسلم ولا خلل في الاضافة فدل على ان عدم هذه الاحكام لا يدل على الاختلال في الاضافة بل عدمها لعدم شرطها على ان الحرمة مما يحاط في اثباتها متى دارت بين الثبوت وعدمه *
قوله ومن مسته امرأة بشهوة هذه المسئلة مصورة في المس الحلال والنظر الحلال ليستقيم قول الشافعي رحمه الله فلا يلحقان به وصورته ان يقبل امته بشهوة ثم اراد ان يتزوج ابنتها عنده يجوز وكذلك لو تزوج امرأة وقبلها بشهوة ثم ماتت عنده يجوز له ان يتزوج ابنتها بناء على اصله ان حرمة المصاهرة ثبتت بما يؤثر في اثبات النسب والعدة ولا يؤثران في اثبات النسب والعدة فكذلك في اثبات الحرمة
قوله فيقام مقامه في موضع الاحتياط وحرمة الفرج مما يحاط فيها حتى ان شبهة البعضية بسبب الرضاع قامت مقام حقيقة البعضية في اثبات الحرمة دون سائر الاحكام من التوارث ومنع وضع الزكوة ومنع قبول الشهادة وكذلك لا يقوم المس والنظر مقام الوطى في افساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال وان قام مقامه في حق اثبات حرمة المصاهرة
قوله هو الصحيح وفي الذخيرة وكثير من المشايخ لم يشترط الانتشار وجعلوا حد الشهوة ان يميل قلبه اليها ويشتهي جماعها وهذا اذا كان شافعا قادرا على الجماع وان كان شيخا او غيبا فحد الشهوة ان يتحرك قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركا

ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفاف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز تزوج المجوسيات لقوله صلى الله عليه وسلم

قوله ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفاف وانما فسر بهذا احترازا عن قول ابن عمر رضي الله عنهما فانه يفسر المحصنات بالمسلمات فان قيل اهل الكتاب مشركون قال الله تعالى وقالت اليهود عزير بن الله وقالت النصارى المسيح بن الله الى قوله سبحانه عما يشركون وقد ذكر في التيسير والكشاف ان اسم المشرك يقع على اهل الكتاب ثم ذكر بعد هذا في الكتاب ولا يجوز تزويج المجوسيات ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تتكحوا مشركات فلم يجز هناك نكاح اهل الشرك لاشراكهم وقد اجاز هنا نكاح اهل الكتاب فما وجه التوفيق قلنا فيه وجهان احدهما ما ذكره في المبسوط ان اسم المشرك لا يتناول الكتابي مطلقا فان الله تعالى عطف المشركين على اهل الكتاب في قوله تعالى لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين فعلم ان معنى الاشراك صار مغلوبا فيهم ولم يلتفت بوجوده وكان ابن عمر رضي الله عنهما لا يجوز ذلك ويقول ان الكتابية مشركة وقد قال الله تعالى ولا تتكحوا مشركات حتى يؤمن فكان معنى قوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم الا ائني اسلمن من اهل الكتاب واسنانا خذ بهذا لما ذكرنا ان الله تعالى عطف المشركين على اهل الكتاب ولا نألو حملنا الآية على ما قال ابن عمر رضي الله عنهما لم يكن لتخصيص الكتابية بالذكر معنى فان غير الكتابية اذا سلمت حل نكاحها ايضا وقد جاء عن حذيفة رضي الله عنه انه تزوج يهودية وكذلك كعب بن مالك رضي الله عنه والثاني ما ذكره اهل التفسير قالوا ولا تتكحوا مشركات الآية منسوخة

ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصيرجا معا ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدا
لان النكاح مآشرع الامثرا بثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكة تنافى المالكية
فتمنع وقوع الثمرة على الشركة

نسبه منه فقيه اشارة الى ان الوطى في العدة من طلاق ثلث لا يكون زنا اذ لو كان زنا لا يثبت
به النسب وان ادعى فقد نص في كتاب الحدود ان من طلق امرأته ثلثا ثم وطئها في
العدة يجب عليه الحد اذا لم يدعى الشبهة نصاري حق وجوب الحد لو طئ المطلقة
الثلث روايتان

قوله ولم يرتفع في حق ما ذكرنا وهو النفقة والمنع والغراش **قوله** لان النكاح مآشرع
الامثرا بثمرات مشتركة بين المتناكحين للزوج طلب تمكينها من الوطى
ودواعيه بغير اختيارها شرعا والمنع عن الخروج والتحصيل وما يجب لها عليه نحو
طلب النفقة جبرا والقسم والسكنى والمنع عن العزل والقيام في امورها الرجعة الى الزوجية
قوله والمملوكة تنافى المالكية لان المملوكة اثر المقهورية والمالكية اثر الغامرية فبينهما تناف
فان قيل انما ثبت التنافى اذا كانا من جهة واحدة وهنا من جهتين مختلفتين
فجازان يجتمعا وذلك لان المرأة مالكة بجهة ملك اليمين فجازان يكون هي
مملوكة لعبدها من جهة النكاح كالا ب يكون ابنا لا بيه قلنا ليس هذا نظيره
لان هناك اجتمعت الابوة والبنوة في حق شخص واحد لكن باعتبار شخصين
مختلفين وهنا في شخص واحد وهو المرأة باعتبار شخص واحد وهو العبد فيقع التنافى
ولان المرأة بجميع اجزائها مالكة لعبدها فلوجاز النكاح بينهما يكون بعضها مملوكا
لعبدها فباعثا رما لكيتها تمتنع عن تسليم بعضها وباعتبار مملوكيتها لا تتمكن
من الامتناع فحينئذ تمتنع ولا تمتنع فيتحقق التنافى

لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرية ما نعامه وعندنا الجواز مطلق لا طلاق المقتضي

والنكاح بل هم يشتغلون بامور المناسك من الوقوف والطواف والسعي والرمي كما قال الحاج الشعث النفل اي لا يشتغلون بالاغتسال شغلا بما عمل الحج وان كان الاغتسال بالماء القراح لا باس به فذلك امر النكاح لانه عقد يصار اليه عند الفراغ لما فيه من الخطبة والخطبة مراد ذات ودعوات واجتماعات لا يتحقق الا عند الفراغ واذا حمل على وفاق العادة لم يتعلق به حكم ولا وجه ان يقال ان الحديث يروى بالنهي محروما وهو اختيار الخطابي والنهي يكون للتنزيه فحمل عليه توفيقا بين الحديثين ولئن روي منفي بالنفي يجبي بمعنى النهي •

قوله لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده حتى لا يجوز للمحران يتزوج اكثر من واحدة ولا يجوز نكاحها عند طول الحرية ولا يجوز نكاحها الا عند خوف العنت وهو الزنا **قوله** لما فيه من تعريض الجزء على الرق لان الولد جزء منه وهو تابع للام في الرق والارفاق اهلاك حكما لان الرقيق كالهاك والرق اتر الكفر وهو موت قال الله تعالى او من كان ميتا فاحيائه اي كافر فهدينا له وللهذا كان الاعناق احياء قال عليه السلام لن يجزي ولد والدة الا ان يجد مملوكا فيشتريه فيعتقه وهذا لان الاب سبب لحيوته فانما يصير مجازيا له اذا تسبب لحيوته وذابا لشراء والا هلاك حكما كالا هلاك حقيقة الا انه اذا اخشي العنت ابيح له ضرورة وصيانة لنفسه عن الزنا لان الاجتناب عنه فرض عليه فسقط حرمة الارفاق لذلك وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة فلا تباح الكتابة **قوله** لا طلاق النصوص المقتضي فانكحوا ما طاب لكم واجل لكم ما وراكم

(كتاب النكاح ... فصل في بيان المحرمات)

سنوا بهم سنة اهل الكتاب غيرنا كحي نسا نهم ولا آكلي ذبا نهم •

قال ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز تزوج الصابيات ان كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرهن بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز منا كحتهم لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبيهم فكل اجاب على ما وقع عنده وعلى هذا حال ذبيحتهم **قال** ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم تزوج بميمونة وهو محرم وما رواه محمول على الوطى ويجوز تزوج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه لا يجوز للحرام ان يتزوج بامة كتابية

بقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم فان سورة المائدة كلها ثابتة لم ينسخ منها شيء وهو قول ابن عباس والاوزاعي رضي الله تعالى عنهم • **قوله** سنوا بهم سنة اهل الكتاب اي اسلكوا بهم طريقهم يعني عا ملوهم معاملة هؤلاء في اعطاء الامان باخذ الجزية منهم كذا في المغرب **قوله** ويجوز تزويج الصابيات وهي من صبا اذا خرج من الدين وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الملائكة كذا في الكشف **قوله** فكل اجاب على ما وقع عنده وقع عند ابي حنيفة رحمه الله انهم قوم من النصارى يقرؤون الزبور ويعظمون بعض الكواكب كعظيمنا القبله وهما جعلوا تعظيمهم لبعض الملائكة عبادة منهم لها فكانوا كعبدة الاوثان **قوله** وما رواه محمول على الوطى اي لا يطاق ولا تمكن المرأة من الوطى وفيل هواخبار عن معناد احوال المحرمين انهم في احرامهم لا يشتغلون بالانكاح

ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا الوحلف لا يتزوج عليها
 لم يحنت بهذا ولا بي حنيفة رحمه الله ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض
 الاحكام فيبقى المنع احتياطاً بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل غيرها في قسمها
 وللحر ان يتزوج اربعاً من الحر انما هو لا ماء وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك لقوله تعالى
 فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع والتخصيص على العدد يمنع
 الزيادة عليه وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه لا يتزوج الامة واحدة لانه
 ضروري عنده والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظاهر

لانه لا يحتمل التحريم فغلب التحريم كاطلاق الثلث والاقراء او نقول في الحقيقة حالان
 حالة الانضمام الي الحرة وحالة الانفراد عنها فثبت التحريم في حالة الانفراد دون الانضمام .
قوله ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها فان قيل اذا تزوج امرأة في عدة
 اختها من طلاق بائن لا يحوز عندهما ايضاً فلم جاز تزوج الامة في عدة الحرة ولا يجوز
 الجمع في المستثنين بتزوج الاخت على اختها وكذا تزوج الامة على الحرة قلنا انهما
 يفولان ان المحرم هناك الجمع فاذا تزوجها في عدة اختها صار جامعاً بينهما في حقوق
 النكاح فلا يجوز واما هذا المنع فليس لاجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرة صح نكاحهما
 ولكن المنع من تزوج الامة على الحرة لما فيه من ادخال ناقصة الحال في مزاحمة
 كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة **قوله** ولا يجوز ان يتزوج اكثر من ذلك لقوله
 تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع والمراد احد هذه الاعداد
 بالا جماع وعن ابن ابي ليلى وابراهيم النخعي رحمهما الله وبعض الروافض انه
 يجوز الجمع بين تسع نسوة تمسكاً بهذا النص والاجواب عنه ان العبارة عن التسع بهذا
 من الجهل والسخف فان من اراد ان يقول اعط فلانا تسعة دراهم فقال اعطه درهمين

(كتاب النكاح فصل في بيان المحرمات)

وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لارفاقه ولأنه لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل الوصف ولا يتزوج امة على حرة لقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلا فله حجة على الشافعي رحمة الله تعالى عليه في تجويز ذلك للعبد وعلى ما لك في تجويزه برضاء الحرة ولان للرق اثر في تنصيف النعمة على ما نقرر في الطلاق ان شاء الله فيثبت به حل المحلية في حالة الانفرا دون حالة الانضمام ويجوز تزوج الحرة عليها لقوله صلى الله عليه وسلم و تنكح الحرة على الامة ولانها من المحلات في جميع الحالات اذ لا منصف في حقها فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله

قوله وفيه امتناع اي في الاقدام على نكاح الامة امتناع عن تحصيل الجزء الحر لارفاقه وقوله وفيه ارقاق قلنا ان ارقاق الولد لا ولد محال وبعد ما حدث لا يصدر منه شيء حتى يقال بانه ارقاق فعلم انه ليس فيه ارقاق الولد ولئن قال فيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر قلنا هذا ليس بحرام لانه بسبيل من ان لا يحصل الاصل بالامتناع عن النكاح فلان يكون بسبيل من ان لا يحصل الوصف اولى على ان لا نسلم ان ارقاق حرام وهذا لان ارقاق دون التضييع لان فيه تضييع النسل اصلا وفي ارقاق تضييع صفة الحرية دون النسل وذا جائز بالعزل باذن الحرة قال ارقاق اولى وكذا اذا تزوج امة ثم حرة فان نكاح الامة لا يبطل وقد استغنى عن ارقاق الولد بالحرة **قوله** ولان للرق اثر في تنصيف النعمة الحلال الذي بني عليه النكاح نعمة في جانب الرجال والنساء ثم ينتصف ذلك الحلال برق الرجل حتى ينكح العبد ثنتين والحرار بعافكذ ينتصف برق المرأة ولا يمكن اظهار التنصيف في جانبها بنقصان العدد لان المرأة الواحدة لا تحل الا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحال والا حوال ثلث تقدم وتأخر وقران فصيح متقدما لا متأخرا وبطل مقارنا

وحرمة الوطى كىلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح باطل لانه ثابت النسب وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم ينصل به الحمل **قال** ومن وطى جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها لم يمت بفراش لمولاها فانها لم يمت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة

ولهما انها من المحملات بالنص وهو قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم . **قوله** وحرمة الوطى كىلا يسقي ماءه زرع غيره فان الحمل يزداد سمعه وبصره حدة بالوطى كما ورد في الحديث وذكر الامام الترمذي رحمه الله ولا نفقة لها وفيل لها ذلك ولا يباح وطؤها ولا دواعيه وعدتها بوضع الحمل وقيل لا باس بوطئها بخلاف الامة الحامل من الزنا لا يقر بها المولى قبل الوضع وكذا الخلاف لو زوجت نفسها من الزاني ولم يقر الزاني بان الحمل منه فان اقر صح النكاح وعند الكل يستحق النفقة لانه غير ممنوع عن وطئها **قوله** لانها فراش لمولاها اعلم ان الفراش على ثلاثة انواع توي وضعيف ومتوسط فالقوي فراش النكاح ولهذا الوجاء المنكوحه بولد ثبت النسب من غير دعوى ولونفاه الزوج لا ينتفي بمجرد النفي من غير لعان والمتوسط فراش ام الولد حتى لو جاءت بولد ثبت النسب من المولى من غير دعوى ولونفاه ينتفي بمجرد النفي من غير لعان والضعيف فراش الامة حتى لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من المولى من غير دعوى *

ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحرار ربعا اظهر الشرف الحرية فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنضي عدها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت

قال وان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يبطأها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمه الله النكاح فاسد وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالا جماع لا يبي يوسف رحمه الله ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولا يهذالم يجز اسقاطه ولهما انها من المحملات بالنص

وثلاثة واربعة كان سخيفا جاهلا فعلم انه اراد اثنين اثنتين وثلاثا وثلاثا واربعاربع كقوله تعالى تعالى اولي اجنحة مشى وثلاث ورباع تحقيقه ان الله تعالى اباح كل جملة موصوفا بصفة الاولى بكونها مشى والثانية بكونها ثلث والثالثة بكونها رباع وانما يصير كل جملة موصوفا بوصف الذي وصفه الله تعالى اذا كان المراد احده هذه الاعداد اما اذا اريد به الجمع لا يصير كل جملة موصوفا بما وصفها الله تعالى به فان الاثنين اذا جمع بالثلاث يكون خماسا واذا جمع بين الثلث والرابع يكون سباعا فعلمنا بدلالة هذه الصفات ان المراد هو التخيير بين هذه الاعداد لا الجمع .

قوله ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين المكاتب والمدبر وابن ام الولد في هذا كما لعبد لان الرق المنصف للحل فانهم كذا في المبسوط **قوله** وان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز لابي يوسف رحمه الله ان الامتناع في الاصل اي فيما اذا كان الحمل ثابت النسب لحرمة الحمل

فلما ثبت النسخ باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وابن عباس رضي الله عنهما صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام وقال زفر رح هو صحيح لازم لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة

ثم في نكاح المتعة خلاف مالك رحمه الله فانه يجوز عنده وهو الظاهر من قول ابن عباس رضي الله عنه واستدل بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن ولانا اتفقنا انه كان مباحا فان النبي عليه السلام احل المتعة ثلاثة ايام من الدهر في غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة والحكم الثابت يبقى حتى يظهر ناسخه ولكننا نقول قد ثبت نسخ هذه الاباحة بالاثار المشهورة من ذلك ما روى محمد بن الحنفية عن علي بن ابي طالب رضي الله عنهم ان منادي رسول الله عليه السلام نادى يوم خيبر الا ان الله ورسوله ينهيكم عن المتعة ومنه حديث الربيع رضي الله عنه قال احل رسول الله عليه السلام المتعة عام الفتح فحجنت مع عمي الى باب امرأة ومع كل واحد منا بردة وكانت بردة عمي احسن من بردتي فخرجت امرأة كأنها دمية عبطاء فجعلت تنظر الى شبابي وبردته وقالت هلا بردته كبردته اشباب هذا كشباب هذا ثم اثرت شبابي على بردته فبت عندها فلما اصبحت اذا منادي رسول الله عليه السلام ينادي ان الله ورسوله ينهيكم عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم الاباحة المطلقة لم تثبت في المتعة قط انما ثبت الاباحة الموقته بثلاثة ايام فلا يبقى ذلك بعد مضيتها حتى تحتاج الى دليل النسخ وقال جابر بن زيد ما خرج ابن عباس رضي الله عنه من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة والمراد بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن الزوجات فانه بناء على قوله ان تبغوا باموالكم محصنين والمحصن الناكح كذا في المبسوطه

قوله فلما ثبت النسخ باجماع الصحابة اي ظهر ثبوت النسخ يعني ان الصحابة رضوا بجمعوا على

الا ان عليه ان يستبريها صيانة لمائه واذا جاز النكاح فللزواج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا احب له ان يطأها قبل ان يستبريها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التزهر كما في الشراء ولهما ان الحكم بجواز النكاح اشارة الفراغ فلا يؤثر بالاستبراء ولا استحبابا ولا وجوبا بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له ان يطأها قبل ان يستبريها عندهما وقال محمد لا احب له ان يطأها ما لم يستبريها والمعنى ما ذكرنا ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لا امرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك رحمه الله تعالى عليه هو جائز لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه

قوله الا ان عليه ان يستبريها صيانة لمائه اي الاستبراء على المولى بطريق الاستحباب دون الحكم بخلاف في استبراء الزوج فيما اذا لم يستبر المولى اما اذا استبرأ المولى ثم زوجها ناهي يجوز الوطى قبل الاستبراء بالاتفاق وذكر الامام المحبوبي من المشايخ من قال لا خلاف بينهم في الحاصل فان ابا حنيفة رحمه الله قال للزوج ان يطأ بغير استبراء ولم يقل لا يستحب ومحمد رحمه الله ايضا لم يقل هو واجب ولكنه قال لا احب ان يطأها وعند زفر رحمه الله لا يجوز للرجل ان يتزوجها حتى تحيض ثلث حيض بناء على اصله انه لا يجوز نكاح الزانية بعد الزنا الا بعد ان تحيض ثلث حيض لان العدة تجب عنده حال الاكلان او حرما قال الفقيه ابو الليث رحمه الله وقول محمد رحمه الله اقرب الى الاحتياط **قوله** ونكاح المتعة والنكاح الموقت باطل نكاح المتعة ان يكون بلفظ التمتع مثل ان يقول خذي هذه العشرة لا تمتع بك اياما او متعيني نفسك اياما او عشرة ايام او لم يقل اياما والنكاح الموقت ان يتزوج امرأة عند الشهود عشرة ايام وفرق ما بينهما ان يكون بذكر لفظ التزوج والنكاح في الموقت ولفظ المتعة في نكاح المتعة

وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا وفي قوله الاخر وهو قول محمد رحمه الله لا يسعه ان يطأها وهو قول الشافعي رحمه الله لان القاضي اخطأ الحجة اذا لشهود كذبة فصا ركما اذا اظهر انهم عبيد او كفار ولا يبي حنيفة ان الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذها باطنا بتقدير النكاح نفذ قطعا للمنازعة

التي صح نكاحها يجب لان الزوج جعل المسمى مقابلا ببضعهما لا ببضع احد منهما فلا يجعل بمقابلة احد منهما وله ان الانقسام من حكم صحة المقابلة ولا يتحقق المقابلة في حق من ليست بقابلة لهذا الحكم فلغت الاضافة اليه فصا ر التكلم به وعدمه بمنزلة ولو لم يتكلم بكلمة المقابلة الاضافا الى احد منهما لكان التحكم هكذا كذا هنا وصار هذا وقوله تزوجت هذا الجدار وهذا المرأة بالف سواء وهناك لا يقسم كذا هنا .

قوله وسعها المقام معه وكذلك اذا ادعت المرأة الطلقات الثلاث على زوجها واقامت البينة ولم يكن طلقها فقضى القاضي بذلك فتزوجت بزواج آخر حل للزوج الثاني ان يطأها عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله تعالى عليه لا يحل للثاني ولا للاول وكذلك في دعوى العتق والنسب واجمعوا ان قضاء القاضي في الاملاك المرسلة وفي الميراث ينفذ ظاهر الا باطنا وما في الهبة والصدقة فعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه روايتان وانما صل ان في المسئلة اربعة اقاويل ابو حنيفة رحمه الله يقول يحل للثاني وطؤها دون الاول وابو يوسف ومحمد رحمهما الله يقولان لا يحل وطؤها للاول للثمة ولا للثاني للحرمة والشافعي رحمه الله تعالى عليه يقول يطأها الاول سرا والثاني علانية وذكر شمس الاثمة

(كتاب النكاح فصل في بيان المحرمات)

ولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بين ما اذا طالت مدة
التأقيت او قصرت لان التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد ومن تزوج امرأتين في
عقد واحد بهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي حل نكاحها وبطل نكاح الاخرى
لان المبطل في احدهما بخلاف ما اذا جمع بين حرو وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط
الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي حل نكاحها عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يقسم على مهر مثلها وهي مسئلة الاصل ومن ادعت
عليه امرأة انه تزوجها وافتت بینه فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها

ان نكاح المتعة قد انتسخ وقت النبي عليه السلام لان الاجماع لا يصلم ناسخا في المذهب الصحيح
قوله ولنا انه اتى بمعنى المتعة وهو انه اتى بالنكاح لفظا والمتعة معنى لان النكاح ينعقد
للازدواج وطلب الولد والمتعة للاستمتاع لا غير والنكاح الى عشرة ايام ينعقد للاستمتاع
لا غير والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة
بشرط عدم البراءة كفالة والوصاية في حياة الموصي وكالة والوكالة بعد وفات الموصي
وصاية والهبة بشرط العوض بيع حتى تثبت به الشفعة وترد بالعيب ولا يلزم على هذا
ما اذا شرط الطلاق بعد شهر فانه يجوز النكاح ويبطل الشرط لان هذا الشرط لم يصرف في معنى
المتعة لان الطلاق فاطع للنكاح فاشترط الطلاق القاطع بعد شهر لينقطع به النكاح دليل على
انها عقد النكاح مؤبد **قوله** ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التأقيت او قصرت لان المعين
لجهة المتعة التأقيت وهو موجود وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انهما اذا ذكرا
من الوقت ما يعلم انهما لا يعيشان الى ذلك الوقت غالبا كما نكح سنة او اكثر صح
لانه تايد معنى كالتزويج الى موتها او موته **قوله** ثم جميع المسمى للتي حل
عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وعندهما يقسم المسمى على مهر مثلها فانما اصاب

باب الاولياء والاكفاء

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولي بكر كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا لان النكاح يراد لمقاعدة والتفويض اليهن مغل بها الا ان محمدا رحمه الله يقول يرتفع الخلل باجازة الولي ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهلها لكونها عاتلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الزوج

باب الاولياء والاكفاء

قوله وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولي بكر كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية لقوله عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها والايم اسم لامرأة لا زوج لها بكر كانت او ثيبا عند اهل اللغة وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا ينعقد بعبارة اصلا سواء زوجت نفسها او بنتها او امته او توكلت بالنكاح لتحديث ابي هريرة رضي الله عنه انه قال عليه السلام لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها انما الزانية هي تنكح نفسها وامام شرط الولي فاستدل بقوله تعالى ولا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن وقال الشافعي رحمه الله وهذه الآية ابين آية في كتاب الله تعالى تدل على ان النكاح لا يجوز بغير ولي لانه نهى الولي عن المنع وانما يتحقق المنع منه اذا كان الممنوع في يده وفي حديث عائشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام قال ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها لاوكس ولا شطط فان ابى الولي فالسلطان ولي من لا ولي له وقال عليه السلام لا نكاح الا بولي

بخلاف الاملاك المرسله لان في الاسباب تزا حما فلا مكان والله تعالى اعلم بالصواب .

السرخسي رحمه الله تعالى عليه ان على قول محمد رحمه الله تعالى عليه يحل للاول وطئها قبل دخول الثاني واذا دخل لا يحل الوطئ للاول لوجوب العدة عليها من الثاني كالمكوحه اذا وطئت بشبهة *

قوله بخلاف الاملاك المرسله اي المطلقة عن اثبات سبب الملك بان ادعى ملكا طلقا في التجارية والطعام من غير تعيين شري وارث حيث ينفذ القضاء ظاهر الا باطنا بالاتفاق حتى لا يحل للمقضي له وطئها ثم انما لا يثبت الملك هناك للمقضي له لانه لا يتوجه على القاضي القضاء بالملك لان التكليف بحسب الوسع وليس في وسعه اثبات الملك لانسان بغير سبب وفي اسباب الملك كثرة لا يمكن تعيين شيء منها بدون الحجّة فعرفنا انه غير مخاطب بالقضاء بالملك وانما يصير مخاطبا باليد وذلك نافذ منه واما ههنا توجه عليه القضاء بالنكاح لان طريقه متعين توضيحه ان القاضي لا يقول هنالك للمدعي ملكتك هذا المال بل تقصر يد المدعي عليه من المال وههنا يقول قضيت بالنكاح بينكما وجعلتها زوجة لك ثم قيل تشترط حضرة الشهود وقت الحكم لينفذ باطنا وقيل لا تشترط ثم فيما ذهب اليه ابو يوسف ومحمد رحمهما الله من قضاء القاضي بالطلاق الثالث بشهادة الزور تعطيل الفرج لانها لا يحل للاول ولا للثاني فلا يتمكن من التزوج بزواج آخر فيه ضرر عليها وفيما قاله الشافعي رحمه الله اجتماع الرجلين على امرأة واحدة في طهر واحد وهو فيهم فعرفنا ان الاوجه ما ذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله تعالى عليه والله اعلم بالصواب .

لكن للولي الاعتراض في غير الكفو ومن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه لا يجوز في غير الكفو لانه من واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد الى قولهما ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلا للشافعي رحمه الله الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليه ولاية الا جبارا والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصا رسا لعلام وكما لتصرف في المال وانما يملك الاب قبض الصداق برضا هاد لالة ولهذا لا يملك مع نهيبها *

السر خسي رحمه الله هذا اقرب الى الاحتياط فليس كل ولي يحسن المرافعة الى القاضي ولا كل قاض يعدله فكان الاحوط سد باب النزويج من غير كفوعليها وقال القاضي الامام فخر الدين رحمه الله تعالى الفتوى على قول الحسن في زماننا قوله في تعليل الشافعي رحمه الله لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مغل بها هذا التعليل لا يلازم اذ يقتضي هذا ان لا يفوض اليهن ولا يقتضي ان لا ينعقد بعبارتهن اذلا خلل في المقاصد بمباشرة العقد عند اختيار الولي الزوج والصحيح ان يقال لانها ليست باهل لمباشرة النكاح فلا ينعقد بعبارتها كالصغيرة وهذا لان اهل من يقدر على تحصيل النكاح لمقاصده وهي معان يستند على التوافق بينهما عادة ولا يوقف عليها الا بالعقل الكامل وعقلها ناقص بالحدوث فلو فوض اليهن تخلل المقاصد لانهن سريعات الاغترارسيات الاختيار الا ان محمدا رحمه الله يقول الضرر الموهوم ينتفي باجازه ولا خلل في نفس العقد فيصح *

قوله لكن للولي حق الاعتراض في غير الكفو اي للولي حق الفسخ اذا تزوجت غير كفوما لم تلد من الزوج اما اذا ولدت منه فليس للاولياء حق الفسخ كيلا يضيع الولد وذكر العلامة السعفاقي رحمه الله تعالى في النهاية ولكن

وانما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب الى الوفاة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو وغير الكفو

واما من جوز النكاح بغير ولي فاستدل بقوله تعالى فلا جناح عليهن فيماعلن في انفسهن وقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وقوله تعالى ان ينكحن ازواجهن : اضاف العقد اليهن في هذه الآيات فدل انها تملك المباشرة والمراد بالعضل المنع حسبما بان يحبسها في بيت ويمنعها من التزوج او هذا خطاب للزواج فانه قال في اول الآية اذا طلقتم النساء وبه نقول ان من طلق امرأته وانقضت عدتها فليس له ان يمنعه من التزوج بزواج آخر او ما حديث عائشة رضي الله عنها فلان عمل به لان عائشة رضي الله عنها هي التي روت وقد زوجت بنت اخيها عبد الرحمن وهو غائب وعمل الراوي بخلاف ما روي يبطل الرواية لما عرف في اصول الفقه ومداره على الزهري وقد انكره على انه مخالف للنص فيردلان الله تعالى اضاف العقد اليهن في غير موضع ولا متمسك له بقوله عليه السلام لا نكاح الا بولي لان هذا نكاح بولي لانها صارت ولية بنفسها بعد البلوغ عن عقل كالرجل على انه محمول على امة زوجت نفسها بغير اذن مولاها وصغيرة ومجنونة او على نفي الكمال توفيقا بين الحد يثين .

قوله وانما يطالب الولي بالتزويج جواب اشكال يرد على قولها انها تصرفت في خالص حقها بان يقال لما كان النكاح حقا فلم امر الولي بالتزويج **قوله** ثم في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمة الله عليه وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله آخر امرأته لو زوجت نفسها من غير كفويصح حتى يثبت حكم الطلاق والايلاء والظهار والتوارث وغير ذلك قبل التفريق ولكن لا ولياء حق الا عنراض وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان النكاح لا ينعقد وبه اخذ كثير من مشائخنا وقال شمس الائمة

تعتبر في الاستيثار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها من رغبته
عنه ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح لان النكاح صحيح بدونه ولو زوجها فبلغها الخبر فسكنت
فهو رضا على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم ان خبرا ان كان
فضوليا يشترط فيه العدد او الدلالة عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه خلا فالحما
ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا

قوله وتعتبر في الاستيثار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة حتى لو قال ازوجك
احد جيرانى او بنى عمى لم يكن سكوتها رضى لان الرضا بالمجهول لا يتصور ولا تشترط
تسمية المهر هو الصحيح وقيل لا بد من تسمية المهر والصحيح ان المزوج ان كان ابا او جدا
فذكر الزوج يكفي لانه لا ينقص عن المهر الا لغرض فوقعه وان كان غيرهما فلا بد من تسمية المهر
وقيل لو عد جماعة فسكنت زوجها من احد هم وكذا ان ذكر بنى فلان وهم يحصون والالم يجوز
قال الامام التمر تاشي رحمه الله ولم اعثر على حد الاحصاء هنا وقد ذكر في الوصية
لبني فلان عن محمد رحمه الله ما زاد على العشرة لا يحصون وعنده ما زاد على مائة
وقيل ثمانون وقيل اربعون وقيل ذلك مفوض الى رأي القاضي فالذكر ثمة يكون
ذكرها وقيل ان قال زوجتك رجلا جاز بسكوتها وفي ازوجك لم يجوز حتى يسميه
والصحيح ان الاخبار كذا **قوله** ولو زوجها فبلغها الخبر فسكنت فهو على ما ذكرنا في
السكوت رضا بشرط تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة وقال محمد بن مقاتل ان
استأمرها قبل العقد فسكنت فهو رضا فانما اذا بلغها العقد فسكنت لا يكون رضا لانه ثبت
بخلاف القياس قبل العقد بالنص وهذا ليس في معناه لان السكوت عند الاستيثار
لا يكون ملزما وحين بلغها العقد يكون ملزما قلنا هذا في معناه لانه انما جعل
رضا هناك بعلة الحياء وهو موجود هنا

قال فاذا استأذنها الولي فسكتت او ضحكت فمراد ان لقوله صلى الله عليه وسلم البكر تستأمر في نفسها فان سكنت فقد رضيت ولان جهة الرضا فيه راجحة لانها تستجيب عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك ادل على الرضا من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت كما لمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا واذا ابكت بلا صوت لم يكن ردا.

قال وان فعل هذا غير الولي يعني استأمر غير الولي او ولي غيره اولي منه لم يكن رضا حتى يتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للمحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه

ذكر في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله تعالى واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفوف علم الولي بذلك فسكت حتى ولدت اولاد اثم بداله ان يخاصم في ذلك فله ان يعرق بينهما لان السكوت انما جعل رضا في حق النكاح في حق البكر نصا بخلاف القياس ثم قال كذا كان مكتوبا بخط شيخه .

قوله واذا بكت بلا صوت لا يكون ردا لانها تحزن على مفارقة بيت ابويها وانما يكون ذلك عند الاجازة وقيل ان كان دمها باردا فرضا وان كان حار فلا وان كان عذبا فرضا وان كان مالها فلا وان استأمرها في نكاح رجل فابت ثم زوجها فسكتت فهو رضا خلافا لابن مقاتل لتصریح سخطها قلنا قد ترضى في الثاني بما ابنته حالا وان استأمرها في نكاح رجل فقالت غيره احب الي منه فليس باذن وان زوجها رجلا ثم اخبرها به فقالت كان غيره احب الي منه فايزة **قوله** وان فعل هذا اي استأمر غير الولي او ولي غيره اولي منه لم يكن رضا حتى يتكلم وقال الكرخي رحمه الله هذا رضا لان حياءها منه اشد

ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف
ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لأنها ثيب حقيقة لأن مصيبتها عند
اليها ومنه المثوبة والتثويب والمثابة ولا يبي حنيفة رح أن الناس عرفوها بكرا فيعيونها
بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما إذا وطئت
بشبهة أو نكاح فاسد لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما اما الزنا فقد ندب الى ستره
حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها وإذا قال الزوج بلغك النكاح فسكت وقالت رددت
فالقول قولها وقال زفر رح القول قوله لان السكوت اصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار
إذا ادعى الرد بعدمضي المدة ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه

قوله ولو زالت بكارتها بزنا فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله بعلته الحياء فإن قيل هذا التعليل
في معرض النص وهو قوله عليه السلام الثيب تشاور وانها ثيب حقيقة ولهذا لو اوصى لثيب
بني فلان تدخل الزانية فكذلك تحت قوله عليه السلام الثيب تشاور قلنا علة الحياء منصوصة
عليها فان عايشة رضي الله عنها قالت ان البكر تستحيي يا رسول الله فقال عليه السلام اذنبا
صماتها والكلام اذا خرج مخرج الجواب يتضمن اعادة ما في السؤال فصار كانه عليه السلام قال
اذنها صماتها لانها تستحيي والحياء هنا قائم لانها ابتليت مرة بالزنا لفرط الشبق اولئك راه
فلا يزول حياءها بل يزداد لان في الاستنطاق ظهور فاحشة وهي تستحيي من ذلك غاية
الحياء وقوله عليه السلام الثيب تشاور خص منه الامة والمجنونة والعمل بالعلة المنصوصة
التي لم تخص اولى من العمل بذلك النص المخصوص فان قيل حياء البكر كحياء كرم
الطبيعة وهو محمود وهذا حياء من ظهور الفاحشة فلم يكن في معنى المنصوص عليه
قلنا هذا الحياء ممدوح ايضا لانها تستتر على نفسها وقد امرت بذلك قال عليه السلام من اصاب
من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله والحياء من ظهور المعصية من كرم الطبيعة وحسن

(كتاب النكاح ... باب الاولياء والاكفاء)

وله نظائر ولو استاذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله صلى الله عليه وسلم الثيب
تشاور ولان النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق
في حقها فان زالت بكارتها بوثبة او طفرة او حيضة او جراحة او تغيب فهي في حكم
الابكار لانها بكر حقيقة لان مصيبتها اول مصيب لها ومنه البكورة والبكرة
ولا نهيا تستحيي لعدم الممارسة

قوله وله نظائر كعزل الوكيل وحجر المأذون واخبار المولى بجناية
العبد واخبار الشفيع ووقوع العلم بفسخ الشركة والمضاربة ووجوب الشرائع على المسلم
الذي لم يهاجر **قوله** الثيب تشاور المشاورة من باب المفاعلة فيقتضي وجود الفعل
من الطرفين وقد وجد النطق من الولي فينبغي ان يوجد منها والدليل عليه رواية
اخرى الثيب يعرب عنها لسانها فدل على ان النطق شرط الوثبة هي الوثوب من فوق
والطفرة الى فوق **قوله** فان زالت بكارتها بوثبة الى قوله فهي في حكم الابكار وفيه خلاف
الشافعي رحمه الله هو يقول ان البكر اسم لا مرأة عذرتها قائمة والثيب من زالت عذرتها
وهذه زالت عذرتها فتكون ثيبا فان قيل لو اشترى امة بشرط انها بكر له ردها لو وجدها
بغير هذه الصفة قلنا قد قيل لا يكون له ولاية الرد اذا اشترى ان عذرتها زالت بالوثبة لانها
بكر لكنها ليست بعذراء اذ المعتادين الناس انهم يريدون باسقاط البكارة في المشتري صفة
العذرة والحكم هنا تعلق بالحياء وبصفة البكارة وهما قائمان والثيب مشتق من تاب
اي رجع ومنه المثوبة لانها جزاء عمله يعود اليه والمثابة لانها مرجع الناس والتوبيخ
لانه عود الى الاعلام بعد الاعلام •

و يجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرة كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة ومالك رحمه الله يخالفنا في غير الاب والشافعي رحمه الله في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة والحاجة لا نعدم الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرارا للكفو وجه قول الشافعي رحمه الله تعالى ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى اولى ولنا ان القرابة داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية الالزام

عبارة عن عدم الكلام والشهادة على النفي غير مقبولة قلنا لان سلم هذه ادعوى مطلقة فان الشهادة على النفي مقبولة فيما اذا كان علم الشاهد محيطا به كما اذا ادعى الزوج انه قال قول النصارى فيما اذا ادعت المرأة انه قال عزير بن الله ثم ادعت المرأة انه لم يقل قول النصارى واقامت على ذلك بينة حيث يقبل ويفرق بينهما لما انه لو كان قاله يسمعه الشهود فكذلك ههنا ونقول بل السكوت امر وجودي وهو ضم الشفتين فيلزم منه عدم الكلام فكان السكوت من لوازمه فحينئذ لا تكون الشهادة على النفي وذكر الامام الترمذي في حقه ان اقاما البينة فبينتها اولى لانها تثبت الرد وهو ثبت عدم ما وهو السكوت لا جرم لو اقامها على انها اجازت او رضيت حين علمت حتى استويا في الاثبات ترجحت بينته لا ثباته *

قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي وقال ابن شبرمة وابو بكر الاصم انه لا يزوج الصغير والصغيرة احد حتى يبلغا **قوله** وفي الثيب الصغيرة ايضا

فكانت منكراً كالمودع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسألة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه لورد دعواه بالحجة وان لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وهي مسألة الاستحلاف في الاشياء الستة وسياطيك في الدعوى ان شاء الله تعالى

العقيدة ايضا ولما سقط نطقها في موضع كان نطقها دليل رغبتها في الرجال على احسن الوجوه فلان يسقط نطقها في موضع يكون نطقها دليل رغبتها في الرجال على انفحش الوجوه او لى بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او بنكاح فاسد لان الشرع اظهر ذلك الفعل عليها حين الزمها العدة والمهر واثبت النسب وهنا الشرع ما اظهر عليها اذ لم يتعلق به شيئا من الاحكام وامرهابا لستر على نفسها فان اخرجت واقيم عليها الحد فالصحيح ان لا يكتفى بسكوتها وكذا اذا صار الزنا عادة لها وقيل يكتفى بسكوتها في هذين الفصلين لانها بكر شرعا لا ترى انها تدخل تحت قوله مالبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولكن هذا ضعيف فان هذا موجود في الموطوءة بشبهة ونكاح ناسد ولا يكتفى بسكوتها فاعلم ان الاعتبار بقاء صفة الحياء *

قوله فكانت منكراً وهذا لما عرف ان الدعوى اذا خلت عن البينة يعتبر فيها المعنى دون الصورة ففي حق هذه الشهادة تعتبر الصورة لان الشهود لا يعرفون الا الظاهر وفي حق اليمين يعتبر المعنى لانهما يعرفان حقيقة الحال والمرأة هنا مدعية صورة منكراً معنى كالمودع في دعوى رد الوديعة مدع صورة منكر معنى ثم في الوديعة القول قول المودع في دعوى رد الوديعة فكذا هنا القول قولها في دعوى رد النكاح اذ العبرة للمعنى لا للصورة في الفصلين وهذا بخلاف مسألة الخيار لان لزوم البيع قد تحقق بمضي المدة قبل اظهار الرد وبعد لزوم البيع لا يمكنه الرد **قوله** وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح فان قيل هذه شهادة قامت على النفي لان السكوت

ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصورا لشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد
عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب
والجد يتناول الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في احدهما
نقصان الشفقة في الآخر فيتخير

قوله ولهما ان قرابة الاخ ناقصة وانما خص الاخ لانه اقرب الاولياء بعد الاب والجد
فاذا ثبت الحكم فيه يثبت فيما دونه بالطريق الاولى **قوله** واطلاق الجواب في غير
الاب والجد وهو قوله وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ
قوله وهو الصحيح احتراز عما روى خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة
رحمه الله انه لا يثبت الخيار فيما اذا زوج القاضي اليتيم واليتيمة ووجهه ان للقاضي
ولاية تامة تثبت في المال والنفس جميعا فيكون ولايته في القوة كولاية الاب
ووجه ظاهر الرواية ان ولاية القاضي متأخرة عن ولاية الاخ والعم فاذا ثبت لهما
الخيار في تزويج الاخ والعم ففي تزويج القاضي الاولى وكذلك الام اذا زوجت
الصغير والصغيرة جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وفي اثبات الخيار لهما اذا ادركا عنه
روايتان في احدى الروايتين لا يثبت لان شفقتها وافرة كشفقة الاب او اكثر
والاصح انه يثبت لهما الخيار لان لها قصور الرأي مع وفور الشفقة ولهذا لا تثبت
ولايتها في المال وتتمام النظر بوفور الرأي والشفقة كذا في المبسوط وقصور الرأي
في الام ونقصان الشفقة في القاضي *

بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا نقيدها لولاية الاملزمة
ومع القصور لا تثبت ولاية الا لزام وجه قوله في المسئلة الثانية ان الثبابة سبب
لحدوث الرأي لوجود الممارسة فاد رنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق
الحاجة وفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الرأي بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر
ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصابات من غير فصل
والترتيب في العصابات في ولاية النكاح كالترتيب في الارث والا بعد محجوب بالا ترب
فان زوجهما الاب والجد يعنى الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما مالا للرأي
وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرةهما كما اذا با شراءهما بعد البلوغ وان زوجهما غير
الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد

اي ويخالفنا الشافعي رحمه الله في اجبار الثبت الصغيرة للاب والجد ايضا .
قوله بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل اي بتداول الايدي
بان باع الولي من ماله شيئا ثم باع المشتري من آخر او غاب المشتري وقد يتعذر الظفر بمن
عاقده الولي لغيبته او حموله او لموته او لنسيانه فلا يمكن تدارك الخلل الواقع من قصور
الشفقة فلم يمكن ان تثبت ولاية التصرف في المال لغير الاب والجد الاملزمة ولا تثبت ولاية
الالزام مع قصور الولاية فملينا الولاية عنه اصلا ما النكاح فانه يقع مرة ولا يتكرر فلو وقع فيه خلل
يمكن تداركه بالا اعتراض بعد البلوغ **قوله** وجه قوله في المسئلة الثانية اي
في الثيب الصغيرة **قوله** فاد رنا الحكم عليها اي على الثبابة **قوله** ثم الذي يؤيد
كلامنا فيما تقدم وهو قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذ ازوجهما الولي
قوله من غير فصل اي بين البكر والثيب

ثم عند هذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فانها
 الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الابنه والولي
 يتفرد به فعذرت بالجهل ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والداردار
 العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفة فتعذر ت بالجهل
 بثبوت الخيار ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجبي
 منه ما يعلم انه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبار هذه الحالة بحال
 ابتداء النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق
 الثيب والغلام لانه ماثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل فانما يبطل بالرضا غير ان سكوت
 البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس كما
 في خيار المخيرة ثم الفرقه بخيار البلوغ ليس بطلاق لانها تصح من الانثى ولا طلاق اليها وكذا
 بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذي ملكها وهو مالك المطلق

مقيدة بالنظر ولهذا يشمل الذكور والانثى لان تمكن الخلل يشملهما فجعل الزام في
 حق الآخر لكونه رفعا لحكم ثابت فيتوقف على قضاء القاضي كالرد بالعيب بعد القبض .
قوله ثم عند هذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا اي اذا بلغت
 وهي بكر **قوله** او يجبي منه ما يعلم انه رضا نحو سوق المهر والتقبيل والوطى **قوله** بخلاف
 خيار العتق لانه يثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فانه لا يبطل بالسكوت ويمتد الى
 آخر المجلس ويبطل بالقيام عن المجلس لانه ثبت باثبات المولى لانه حكم العتق وهو ثابت
 باثباته واليه اشار بقوله عم ملكك بضعك فاختراري **قوله** ثم الفرقه بخيار البلوغ ليس بطلاق
 وكذا بخيار العتق فان قيل النكاح لا يحتمل الفسخ قلنا نعم بعد التمام واللزوم

(كتاب النكاح باب الاولياء والاكفاء)

ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ هنالذفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل
ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزام في حق الآخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع
ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعه والدفع لا يفتقر الى القضاء

قوله ويشترط فيه القضاء لان سبب تمكن الخلل لقصور في الرأي والشفقة ولا يوقف
على حقيقته اولانه مختلف فيه منهم من ابى ومنهم من رأى فيتوقف على القضاء
كالرجوع في الهبة بخلاف خيار العتق لان سببه مقطوع به وهو زيادة ملك الزوج
عليها ولهذا يختص بالانثى لان زيادة الملك في العتق يتصور في الامة
دون العبد الا ترى انه كان يملك مرا جعلتها فكان لها ان تدفع الزيادة لان
ولاية المولى لم تكن ثابتة في هذه الزيادة وصار العقد في هذه الزيادة كانه وجد الان فكان
الاختيار فيها دفعا للحكم عن الثبوت لا رفعه بعد الثبوت والدفع لا يفتقر الى القضاء
لان الدفع امر مستقل به الدافع لان لكل واحد ولاية دفع الضرر عن نفسه كالرد بالعيب
قبل القبض فانه يتم بالخصم بدون الحكم ولانها تنفرد بدفع اصل الملك بعد الحرية حتى
لا يجوز الكايج بلارضاهما فكذا تنفرد بالزيادة لانها لا تملك دفع الزيادة الا برفع ما كان
ثابتا وهو اصل الملك فملكه رفع ما كان ثابتا ضمنا لدفع الزيادة لاتصدا ولا يقال ان المرأة
ان كانت دافعة للزيادة فهي مبطله حق الزوج عما كان ثابتا والزواج يستبقى ملكه الثابت
ثم تثبت الزيادة ضمنا له فلما ذاترجه جانبها لان الزوج وان تضرر بابطال ما كان
ثابتا له الا ان اعتبار جانبها اولى لانها تبطل حقا مشتركا بينها وبينه وهنا حكم العقد
قد ثبت على الكمال ولم يزد الملك بالبلوغ ولكننا احتجنا الى الفسخ لنوهم ترك
النظر من الولي لقصور شفقه وذا خفي موهوم اذ لو كان ظاهرا لما نفذ لان الولاية

ولغير العصابات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رحمه الله معناه عند عدم العصابات وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله لا تثبت وهو القياس وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقول ابي يوسف في ذلك مضطرب والاشهر انه مع محمد لهما ما روينا ولان الولاية انما تثبت صونا للقربة عن نهبة غير الكفو اليها والى العصابات الصيانة ولا ابي حنيفة رح ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقربة الباعثة على الشفقة ومن لا ولي لها يعنى العصبه من جهة القربة اذازوجها مولاها الذي اعتقها جازلا نه آخر العصابات واذا عدم الاولياء

قوله لغير العصابات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رحمه الله معناه عند عدم العصابات ثم بعد العصابات وان بعدت مولى العتاقة ثم العصبه لمولى العتاقة ثم الام ثم ذوالا رحام الاقرب فلا ترب فان الاقرب عند ابي حنيفة رحمه الله بعد العصابات لملام ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم ابن بنت الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لاب وام ثم الاخت لاب ثم الاخ والاخت لام ثم اولادهم ثم العمات والاخوال والخالات واولادهم على هذا الترتيب ثم مولى المولاة ثم السلطان ثم القاضي ومن نصبه القاضي اذا شرط تزويج الصغار والصغار في عهده واذا لم يشترط فلا ولاية له وفي فتاوى قاضيخان رح ثم القاضي انما يملك النكاح من يحتاج الى الولي اذا كان ذلك في عهده ومنشورة والا فلا **قوله** لهما ما روينا وهو قوله عليه الصلوة والسلام النكاح الى العصابات اللام للجنس فينبغي ان يكون الجميع مفوضا اليهم ولا يشترط اجتماعهم لانه مقابلة لجمع بالجمع فيقتضي انقسام الاحاد على الاحاد ولان اللام اذا دخل على الجمع بطل معنى الجمعية وصار كالفرد

وان مات احد هما قبل البلوغ ورثة الاخر وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد صحيح والملك الثابت به قد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا ناذ فتقرر به .

قال ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا يثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا تنظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلم ومسلمة لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان اما الكافر فتثبت له ولاية لانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كروا بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث

والفرقة في باب البلوغ تثبت حكما لقصور الولاية فيمنع لزوم النكاح فاحتمل الفسخ وفي العتق انما ثبت الخيار لرد الزيادة ولا ولاية للمولى فيها فسقط لزومه ايضا فكيف يكون طلاقا وهو مخصوص بالمرأة باثبات المولى ولا طلاق اليها بخلاف المخيرة لان الزوج ملكها وهو مالك للطلاق ولا مهر لها عليه في الفرقة بختار البلوغ ان لم يدخل بها وان دخل بها وجب المسمى فيهما فان مات احدهما قبل البلوغ ورثة الاخر وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق كما لو وجد الا عراض بعدم الكفاءة فمات احد هما قبل قضاء القاضي .

قوله لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فان هذا يقتضي نفي السبيل من كل وجه لان النكحة في موضع النفي تعم لكن السبيل قد ثبت حقيقة فيراد به نفي السبيل حكما كقبول الشهادة والولاية والقضاء والوراثة

فصل في الكفاءة

الكفاءة في النكاح معتبرة قال صلى الله عليه وسلم لا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولا ان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريعة تاهي ان تكون مستغرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش واذ ازوجت المرأة نفسها من غير كفوفلا ولياء ان يفرقوا بينهما د فعا اضمر را لعا وعن انفسهم ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع به التفاضل فكريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم اكفاء لبعض والا صل فيه وله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض

فصل في الكفاءة

قوله الكفاءة في النكاح معتبرة اي يعتبر وجودها في حق الزوم في النكاح فعند عدمها كان للاولياء حق الاعتراض بالتفريق وعن الكرخي رحمه الله انه كان يقول الاصح عندي انه لا تعتبر الكفاءة اصلا لان الكفاءة غير معتبرة فيما هو اهم من النكاح وهو الدماء فلان لا يعتبر في النكاح اولي ولكن هذا ليس بصحيح فان الكفاءة في الدين غير معتبرة في باب الدم حتى يقتل المسلم بالكافر الذمي ولا يدل ذلك على انه غير معتبر في النكاح كذا في المبسوط **قوله** ثم الكفاءة تعتبر في النسب الاعلى قول سفيان الثوري فانه كان يقول لا يعتبر الكفاءة من حيث النسب وقيل انه كان من العرب فتوضع ورأي الموالي كفواله وابو حنيفة رحمه الله كان من الموالين فتوضع ولم ير نفسه كفوا للعرب وحثته في ذلك قوله عليه السلام الناس سواسية كأسنان المشط الا فضل لربي على عجمي انما الفضل بالتقوى وهذا الحديث يؤيده قوله تعالى ان اكرمكم عند الله اتقاكم فلنا التفاضل في الآخرة بالتقوى وهو المراد بالآية **قوله** فكريش بعضهم اكفاء لبعض فكريش

(كتاب النكاح باب الاولياء والاكفاء)

فالولاية الى الامام والحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له
 فاذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعده منه ان يزوج وقال زفر لا يجوز لان ولاية
 الاقرب قائمة لانها تثبت بحال صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز
 ولا ولاية للابعد مع ولايته ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع
 برأيه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب ولو زوجها حيث
 هو فيه منع وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير والاقرب عكسه فنزلا
 منزلة ولهم متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه
 القوافل في السنة الامرة وهو اختيار القدوري وقيل ادنى مدة السفر لانه لانها لا قصاه هو اختيار
 بعض المتأخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفو باستطلاع رأيه وهذا اقرب الى الفقه
 لانه لا نظري في ابقاء ولايته حينئذ واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في انكاحها ابنها
 في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ابوها لانه اوفر
 شفقة من الابن ولهمان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر
 بزيادة الشفقة كاب الام مع بعض العصاب والله اعلم.

قوله فالولاية الى الامام اي الخليفة **قوله** والحاكم اي القاضي **قوله** وقيل اذا كان بحال
 يفوت الكفو مخاطب باستطلاع رأيه وعن هذا كرا الامام القاضي خان رحمه الله
 في الجامع الصغير حتى لو كان مختفيا في البلدة لا يوفى عليه يكون غيبة منقطعة
قوله وقال محمد رحمه الله ابوها لان ولاية الاب تعم النفس والمال ولا يثبت الابن
 الولاية في المال كذا في المبسوط والله اعلم.

ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالى بالاسلام والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة **قال** وتعتبر ايضا في الدين اي الديانة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحم هو الصحيح لانه من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعية نسبه وقال محمد رحمه الله لا يعتبر لانه من امور الآخرة فلا تبتني احكام الدنيا عليه الا اذا كان بصفع ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به .

قال وتعتبر في المال وهوان يكون مال الكالمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج واما المهر فدره انعارفوا تعجيلة لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن ابي يوسف رحمه الله انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري المساهلة في المهور ودره المرأة قادر اعليه يسار ايدها ما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى ان الفانقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعبدون بالفقر وقال ابو يوسف رحمه الله لا تعتبر لاندلائبات له اذ المال غاد ورائح وتعتبر في الصنائع وهذا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله

قوله لان التفاخر فيما بين الموالى بالاسلام لانهم ضيعوا انسابهم فلا يكون التفاخر بينهم بالنسب بل بالاسلام كما قال سلمان حين تفاخر اصحابه رضي الله عنهم وقالوا سلمان ابن هرم قال سلمان ابن الاسلام **قوله** اي في الديانة وهي التقوى والصلاح والحسب وانما فسرته بالديانة لان مطلق الدين الاسلام ولا كلام فيه لان الاسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة **قوله** وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هو الصحيح وذكر شمس الانمة رحمه الله ان الصحيح عند ابي حنيفة رحمه الله ان الكفاءة في التقوى والحسب غير معتبرة وعن ابي يوسف

(كتاب النكاح فصل في الكفاءة)

بطن بطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاصل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد رحمة الله تعالى عليه الا ان يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة وما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعد فهو من الكفاء يعني لمن له آباء فيه ومن اسلم بنفسه اوله اب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام لان تمام النسب بالاب والجد وابو يوسف الحق الواحد بالمتن كما هو مذهب في التعريف

من كان من ولد النضر ولها شمي من كان من ولد هاشم بن عبد مناف والعربي من جمعهم اب فوق النضر والموالي من سواهم وسموا موالى لانهم نصروا لعرب وسمي لنا صرمولى قال الله تعالى وان الكافرين لا مولى لهم ولان فلا عنهم فتحت على ايدى العرب وكانوا بسبيل من استرقا قهم فكانهم كانوا عبيد لهم ثم عتقوا بالمرحمة عليهم ولا يعتبر التفاصل فيما بين قريش فان رسول الله عليه السلام زوج بنته من عثمان رضي الله عنه وكان امويا وعلي رضي زوج بنته من عمرو كان عدويا

قوله بطن بطن يعني لا عبرة لفضل البعض على البعض فيما بين قريش حتى ان هاشمية لو زوجت نفسها من قرشي غيرها شمي لا يكون لاوليا لها حق الاعتراض مع ان الهما شمية افضل من قريش وغيرها القرشي من العرب لا يكون كفوا للقرشي حتى لو زوجت قرشية نفسها لغير القرشي من العرب كان لاوليا لها حق التفريق **قوله** والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة لا اعتبار بفضل بعض القبائل على البعض الا بنو باهلة وفضلهم بنو هاشم وبنو باهلة معروفون بالخساسة فانهم كانوا يستخرجون النقي من عظام الموتى ويا كونه **قوله** كما هو مذهب في التعريف وصورته ان يذكر الشاهد نسب المدعى عليه بابيه اذا كان غائبا وعند هما بابيه وجده

ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عند مالان الولاية مقيدة بشرط النظر عند فواته
يبطل العقد وهذا لان الخط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا
لم يملك ذلك غيرهما ولا أبي حنيفة رحمه الله ان الحكم يدار على دليل النظر وهو
قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر اما المالية هي المقصودة في التصرف المالي

محمد رحمه الله على اعتبار قوله المرجوع اليه يعني ان عندة لا يصح النكاح بغير وولي
فكيف يتصور ان يتزوج وينقص من مهر مثلها فقال صح رجوع محمد رحمه الله
الى قولهما ان النكاح ينعقد بغير وولي وهذا الوضع على اعتبار قوله المرجوع اليه
ويتصور ايضا فيما اذا اكرهت المرأة والولي على ان تزوجها باقل من مهر مثلها ثم
زال الاكره فرضيت المرأة وابى الوالى فليس له ذلك عندهما وذكر في الاسرار وقول محمد
رحمه الله انما يتصور فيما اذا طلبت التزويج من الوالى بكفو بدون مهر مثلها لم يجبر الوالى
عليه وعندهما يجبر وذكروا في المبسوط ثم فيما فيه الاعتراض للولى لو طلق زوجها قبل
تفريق القاضي وقبل ان يدخل بها كان لها نصف ما سمي لها لان الطلاق قبل الدخول
مسقط للمصداق قياسا الا انا او جينا لها نصف المسمى بالنص وان فرق القاضي بينهما
وان كان قبل الدخول بها فلا شيء لها لانه فسخ اصل النكاح بهذا التفريق واذا زوجها الوالى
من غير كفو ثم فارقه ثم زوجت نفسها اياه بغير الوالى كان للولى حق التفريق فلا يكون
رضا به النكاح الاول رضا بالنكاح الثاني كذا ذكر في الذخيرة *

قوله ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما وانما فسر بهذا لانه قال بعض
اصحابنا ان الزيادة والنقصان لا يجوز عندهما فاما اصل النكاح تصحيح والاصح
ان النكاح باطل عندهما وفي الجامع الصغير للتمر تاشي رحمه الله تعالى عليه ظن البعض
ان عندهما يجوز النكاح لان بطلان التسمية لا يبطل النكاح كالتزويج بخمر

وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان وعن أبي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش كالاحجام والحنانك
والدباغ والكناس وجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعبرون بدناءتها وجه
القول الآخر ان الحرنة ليست بلا زمة ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها
قال واذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فللا ولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة
رحمه الله حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها ولا ليس لهم ذلك وهذا الوضع انما يصح على
قول محمد رحمه الله على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح
ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما ان ما زاد على العشرة حقها ومن اسقط حقه لا يعترض عليه
كما بعد التسمية ولا أبي حنيفة رجا ان الاولياء يفتخرون بعلاء المهور ويعبرون بنقصانها
فاشبه الكفاءة بخلاف البراء بعد التسمية لانهم لا يعبرون به واذ زوج الاب بنته الصغيرة ينقص
من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد
وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال لا يجوز الخط والزياة الا بما يتغابن الناس فيه

رحمه الله انه اعتبر الكفاءة في الحسب ولم يعتبر في التقوى وتسر الحسب فقال هو عكارم
الاخلاق كذا في المحيط وذكر الامام المحبوبي رحمه الله محيلا الى صدر الاسلام
رحمه الله فالخسيس لا يكون كفو للحسب والحسب الذي له جاه وحرمة وحشمة
عند الناس والخسيس الذي لا جاه له بل هو من جملة العوام قالوا الحسب يكون كفوا
للمسب حتى ان الفقيه يكون كفوا للعربي لان شرف العلم فوق شرف النسب وتزوجها
وهو كفوا لها ثم صار فاجرا داعرا لا يفسخ النكاح لان اعتبار الكفاءة عند ابتداء النكاح
لا استمرارها بعد النكاح كذا في الفتاوى الظهيرية .

قوله وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه في ذلك روايتان في رواية
لا يعتبر وهو اظهر حتى يكون البيطار كفوا للطاروفي رواية قال الموالى
بعضهم كفاء لبعض الا الحانك والاحجام **قوله** وهذا الوضع انما يصح على قول

الا ان الشافعي رحمه الله يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح معبر وسفير و التمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذ اتولى طرفه نقوله زوجته يتضمن الشطرين ولا يحتاج الى القبول *

قال وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجازة لمولى جاز وان رده بطل وكذا لك ازوج رجلا امرأة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا فان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيزا انعقد موقوف على الاجازة وقال الشافعي رح تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمة والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو اولنا ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله والاضرر في انعقاده فينعقد موقوف حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلا نة فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل ان قال آخر بعدما قال اشهدوا اني زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذلك ان كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحم قول ابو يوسف رح اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين

وقيل لا يجوز ما لم يرفع نقابها ويراهما الشهود كذا ذكره الامام الترمذ في رحمه الله .
قوله الا ان الشافعي رحمه الله يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه اكثر ما في الباب ان يأمر غيره ولئن امر غيره من احد الجانبين فمأ مورة قائم مقامه فلو منعاه من تولي الشطرين لا يمنع النكاح اصلا **قوله** دون التعبير يعنى المنافاة بين كون الشخص الواحد مملكا ومتملكا انما يكون في حكم هذين اللفظين لافي التعبير بهما والشخص الواحد جازا ان يعبر بلفظ التملك والتملك والحكم في عقد النكاح را جمع الى الزوجين الا ترى انه لا يستغني عن الاضافة اليهما بخلاف البيع **قوله** وله مجيزا انعقد

(كتاب النكاح فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها)

والدليل قد مناه في حق غيرهما ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبداً وزوج ابنه وهو صغير أمة فهو جاز قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله أيضاً لأن الأعراس عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز والله أعلم.

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

ويجوز لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر رحمه الله تعالى لا يجوز وإذا أذنت المرأة للرجل أن يزوجه من نفسه فعقدتها بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لهما أن الواحد لا يتصور أن يكون مملوكاً ومتملكاً كما في البيع

ويقال للزوج ما يزيد في المهر أو يفسخ العقد والصحيح أن النكاح باطل كما لا يصح تصرفه في المال بغير فاحش لأن ولايته مقيدة بالنظر وعندهما أن النكاح موقوف على إجازتهما إذا بلغا وقيل عنهما روايتان ويجوز أن يوثق بينهما فنقول ما قال لا يجوز أي لا ينفذ بل يتوقف كبيع الرهن الرهن وأبى المرتبة أن يجيز البيع وهو موقوف وفي الأجاس عقيب قوله لا يجوز النكاح فإن بلغت فجازت جاز في قولهما

قوله والدليل قد مناه وهو قرب القرابة **قوله** لأن الأعراس عن الكفاءة لمصلحة تفوقها حتى لو عرف سوء الاختيار من الأب مجاناً ونسقا كان عقده باطلاً والله أعلم.

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

قوله وإذا أذنت المرأة الرجل أن يتزوجها من نفسه ذكر في التفريق زوجها من نفسه بامرها وقال الشهدوان فلانة وكلتني أن أزوجه من نفسي ولم بينهما ولم يعرفها الشهود لا يجوز النكاح لأن الغائب إنما يعرف بالتسمية الأثرى أنه لو قال زوجت امرأة قد وكلني لا يجوز وفي شرح القاضي لو كانت حاضرة منتقبة ولا يعرفها الشهود فعن الحسن وبشر رحمهما الله يجوز

ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احدتهما غيرعين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق ومن امره امير بان يزوجه امرأة فزوجه امته لغيره جاز عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزوج بالا كفاءة قلنا العرف مشترك

يبطل بقيا منها عن المجلس وفي الجامع الصغير اتمر تاشي رحمه الله والواحد يتولى طرقي الخلع اذ اسمى البديل وعن محمد رحمه الله بلا تسمية ايضا لان الحق لا ترجع اليه رجه الظاهر ان الخلع لا يجب فيه لبديل بلا تسمية ويحتاج فيه الى طلب الزيادة والنقصان والواحد لا يصلح مستزيذا ومستنقصا بلا مسمى وفي المسمى لا حاجة الى ذلك وما قالوا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين فيما اذا تكلم الفضولي بكلام واحد بان قال الفضولي زوجت فلانة من فلان اما اذا تكلم بكلامين بان قال زوجت فلانة من فلان وقبلت منه يتوقف بالاجماع كذا في شرح الكافي .

قوله لم تلزمه واحدة منهما وعن ابي يوسف رحمه الله اولا يصح نكاح احدتهما ان لم يكن بينهما محرمية واليه البيان كما لو طلق احدى امرأتيه ولو مات قبل البيان فالمهر والميراث بينهما وعليهما عدة الوفاة وجه المشهور ان تصحيح النكاح في المجهول تعليق بالبيان وانه لا يصح بخلاف الطلاق لانه يحتمل التعليق **قوله** وعدم التهمة لان الامة لغير المزوج والضرورة لانه ليس تحته حرة **قوله** قلنا العرف مشترك لان الاشراف كما يتزوجون الشريفات يتزوجون الملعقات والا ماء فلا يصلح مقيد لانه حينئذ يقع التعارض فيبقى الاطلاق

أو فصوليا من جانب واصيلا من جانب عندهما خلا فانه ولو جرى العقد بين
الفضولين أو بين الفضولي والاصيل جازبالاجماع هو يقول أو كان مأمورا
من الجانبيين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال
ولهما ان الموجد شرط العقد لانه شرط حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشرط العقد لا يتوقف
على ماوراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبيين لانه ينتقل كلامه
الى العاقدين وما جرى بين الفضولين عقد تام وكذا الخلع واختاره لانه تصرف يمين
من جانبه حتى يلزم فيتم به

موقوف على الاجازة بخلاف ما اذا زوج رجل رجلا امرأة لا يحل له نكاحها لانه
ليس لهذا العقد مجيزه

قوله أو فصوليا من جانب واصيلا وكذا فضوليا ووليا او وكيلًا من جانب عندهما خلا فانه
قوله فاذا كان فضوليا يتوقف لان الفرق بين المأمور وغيره النفاذ لا انعقاد
قوله وصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال بان قال خالعت امرأتي على كذا
فبلغها الخبر فقبلت او قال طلقت امرأتي على كذا فبلغها الخبر فقبلت او قال اعتقت
عبدي على كذا فبلغه الخبر فقبله **قوله** وكذا الخلع واختاره اي الطلاق
والاعتاق على مال لانه تصرف يمين لما فيه من تعليق الطلاق والعتاق بالقبول لصحة
تعليقهما بالشرط فاذا بلغهما وقبلا صح لوجود الشرط ولهذا لا يصح الرجوع عن ذلك فللميمن
حكم فبقي باعتبار حكمه ولا يمكن ان يجعل النكاح تعليقا لانه لا يحتمل التعليق بالشرط
ولا يلزم على هذا ما اذا قال بمحضرها طلقتك بكذا فقامت عن المجلس قبل القبول
فانه يبطل ولو كان تعليقا بالشرط لما بطل بقيا منها عن المجلس لان من التعليقات ما يبطل
بالقيام عن المجلس كقوله انت طالق ان شئت فانه يقتصر على وجود المشيئة في المجلس حتى

واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي رحمه الله ما يجوز ان يكون ثمنها في البيع يجوز ان يكون مهرها لانه حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ولا مهر اقل من عشرة ولا نه حق الشرع وجوبا اظهار اشرف المحل فيتقدر بماله خطره هو العشرة استدل لا بنصاب السرقة ولو سمي اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى مهر المثل لان التسمية ما لا يصلح مهرا كعدمها ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضىت بالعشرة لرضاها بمادونها ولا معتبر بعدم التسمية لانها قد ترضى بالتملك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وعند هذه تجب المتعة كما اذا لم يسم شيئا

النكاح لا يجوز عنده فان قيل النكاح عقد معاوضة يفتقر الى المهر كالبيع يفتقر الى الثمن ثم نفى الثمن يفسد البيع فنفي المهر ينفي ان يفسد النكاح قلنا الثمن عوض اصلي في البيع لا قضائه الثمن لغة وشرعا اذ هو لغة تملك شيء بشيء وشرعا تملك مال بمال فترك تسميته يفسده كترك تسمية احد الزوجين واما المهر فليس بعوض اصلي لان النكاح لغة لا يقتضيه لانه ينبى عن الازدواج والصيرورة كل زوجا لصاحبه وانما وجب شرعا اظهار الخطر المحل فوفرنا على الشبهين حظه فمن حيث انه ليس بعوض اصلي لا يفسد النكاح بعدمه ونفيه ومن حيث انه عوض شرعا لا ينعقد بدونه

قوله وقل المهر عشرة دراهم لقوله عليه السلام لا مهر اقل من عشرة وغير الدراهم لم يتقيد بالعشرة فتعينت الدراهم ضرورة **قوله** لانه حق الشرع وجوبا لقوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم فهذا النص يقتضي ان صاحب الشرع هو المتولي للايجاب والتقدير وان تقدير العبد امثال فمن جعل الى العبد اختيارا لا يحجب وترك التقدير كان راد له

(كتاب النكاح ... باب المهر)

او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان
 هندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج
 بالكفو والله اعلم بالصواب •

باب المهر

قال ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهر لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغه فيتم بالزوجين
 ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح
 وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها ما بينا وفيه خلاف مالك رحمه الله •

قوله او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وهذا لان المتعارف ان لا يتزوج الشريف الامة
 املا عرف في ان مثله لا يسمى تزوجا او غير الكفو لا يسمى امرأة والاطلاق صفة اللفظ والعقد
 يرد عليه فلا بد ان يكون لفظا لا ترمى انه لو حلف لا يأتى كل لحما فكل لحم خنزير
 او آدمي حنت مع انه غير معتاد فعلا لانه لحم **قوله** ولو تزوجته صغيرة لا يجامع مثلها جاز
 بالاجماع فانه معتاد الا ترمى ان النبي عليه السلام تزوج عائشة رضي الله عنها وهي
 بنت ست سنين فان قيل اذا وكل بشرء الفحم يتقيد بالشتاء وبشرء الحمد يتقيد بالصيف
 قلنا فيه منع ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله في كتاب البيوع والله اعلم بالصواب •

باب المهر

قوله ثم المهر واجب شرعا فان قيل لو تزوج امته من عبده لا يجب المهر كذا ذكره في المحيط
 فعلم ان النكاح بلا مال جائز قلنا قد قيل بانه يجب ثم يسقط ومن قال انه لا يجب
 اصلا لانه لا فائدة في ايجابه او نقوله بان النص يتناول الاحرار بدليل السياق والسباق
قوله وفيه خلاف مالك رحمه الله اي فيما اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها فان هذا

قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها **قال الشافعي** رحمه الله لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب في الدخول **لأن** المهر خالص حقها فتتمكن من نفقه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوباً حق الشرع على ما مروا وما يصير حقاً لها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الآية ثم هذه المتعة واجبة رجوعاً الى الامر وفيه خلاف مالك رحمه الله تعالى عليه

قوله ان دخل بها او مات عنها وكذلك ان ماتت المرأة **قوله** واكثرهم اي اكثر اصحاب الشافعي رحمه الله **قوله** ولنا ان المهر وجوباً حق الشرع وذكر في المحيط وفي المهر حقوق ثلثة حق الشرع وهوان لا يكون اقل من عشرة وحق الاولياء وهوان لا يكون اقل من مهر مثلها وحق المرأة وهو كونه ملكاً لها غير ان حق الشرع وحق الاولياء يعتبر وقت العقد لا في حالة البقاء **قوله** فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن وانما قلنا ان هذه المتعة مخصوصة بهذه الصورة لسياق الآية وهو قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن قيل او بمعنى الواو اي وما لم تفرضوا **قوله** ثم هذه المتعة واجبة قوله هذه احتراز عن المتعة المستحبة وهم فيما اذا طلقها بعد الدخول وقد سمي لها مهراً **قوله** وفيه خلاف مالك رحمه الله تعالى عليه فعنده مستحبة لان الله تعالى قال حقاً على المحسنين والمحسن اسم للمتطوع قلنا قد فسر الاحسان بالايمان

ومن سمي مهر عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها لانه بالدخول
يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البذل وبالموت ينتهي النكاح نهائيه والشيء بانتهائه يتقرر
ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه وان طلفها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى
لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الاية والايسة متعارضة ففيه
تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما فكان المرجع فيه النص
وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عند ناعلي ما بينه ان شاء الله تعالى *

قوله والايسة متعارضة جواب سؤال وهو ان يقال ينبغي ان يسقط الكل لان
بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالما اليها فينبغي ان يسقط كل البذل
كما اذا تباعثا قالوا فاجاب عنه وقال ان هنا قيسا آخر يقتضي وجوب كل
البذل لان الطلاق يشبه الاعناق ويبيع ما اشترى لانه قاطع للملك ومنه انه
يتصرف ملك بالنكاح فهذا الوجه يوجب تأكد جميع البذل فعلم ان القياسين
تعارضوا ولا يقال القياسان اذا تعارضا يعمل باحد هما بشهادة القلب فكيف تركا
ولا يقال ايضا النص مقدم على القياس وقوله والايسة متعارضة فكان المرجع فيه النص يوهم
تقدم القياس عليه فلنا هذا النص دخل فيه الخصوص كما اذا سمي الخمر والخنزير واثبت
الخصوص كان القياس مقدما عليه فجاز ان يعارضه القياس وهو ان لا يجب عليه شيء الا
ان القياسين لما تعارضا لم يثبت الخصوص فيما وراء الخصوص واذ لم يثبت الخصوص بالقياس
يجب عليه نصف المسمى عملا بالنص **قوله** ففيه تفويت الزوج الملك بيان التعارض فالتفويت
يقتضي وجوب كل المهر كما لمشتري اذا تلف المبيع قبل القبض **قوله** وفيه عود المعقود عليه
اليها سالما يقتضي عدم وجوب شيء في المهر كما في الاقالة والفسخ بخيار رؤية او شرط

تعيين الواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا ينتصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلي
الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف *

قال فان زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة دخلا فالزفر رحمته الله وسنذكره في
زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى واذا صححت الزيادة تسقط بالطلاق قبل
الدخول وعلى قول ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه اولا ينتصف مع الاصل
لان التنصف عندهما يختص بالمفروض في العقد وعند المفروض بعده
كالمفروض فيه على ما مروا ن حطت عنه من مهرها صح الحط لان المهر حقها
والحط يلاقيه دالة البقاء •

اعتبار حالها فان كانت من السفلة فمن الكرياس وان كانت وسطا فمن القزوان كانت
مرتفعة الحال فمن الابرسم *

قوله تعيين الواجب وهذا لان الواجب الاصيلي في النكاح مهر المثل والتسمية
بعد العقد تعيين لقدر ذلك الواجب ولهذا اكتفى بهذا المسمى اذ ادخل بها اومات
عنها فلو كان المسمى بعد العقد غير ما وجب بالعقد لوجب عليه المسمى ومهر
المثل ايضا واذا اقامت التسمية مقام مهر المثل ومهر المثل لا ينتصف فكذا ما قام مقامه
قوله والمراد بما تلي الفرض في العقد هو جواب عما يقال قواكم مهر المثل لم ينتصف
فكذا ما نزل منزلته هذا عمل بالرأي على مخالفة النص فاجاب بان المراد
بالنص المفروض في العقد لا بعده فلم يكن هذا الرأي مخالفا للنص وانما
لم ينتصف المتعة لان التنصيف ثبت بخلاف القياس عند وجود المسمى في العقد فيبقى
ما وراءه على اصل القياس •

المتعة ثلاثة اثنان من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهما وقوله من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي رحمه الله في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر بحالها عملاً بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك في الاصل وان تزوجها ولم يسم لها مهر اثم تراضيها على نسيئة فهي لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى عليه لا نه مفروض فينصف بالنص ولنا ان هذا الفرض

قوله ثلاثة اثنان من كسوة مثلها على قدر فقر الرجل ويساره وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما وقالوا هذا في ديارهم فاما في ديارنا فينبغي ان يجب اكثر من ذلك لان متعتها ان يكون ثياب بدنهم عادة والنساء في ديارنا يلبسن اكثر من ثلاثة اثنان فيزد على ذلك ازار ومكعب وكان الكرخي رحمه الله يقول المتعة المستحبة حال الرجل وفي المتعة الواجبة يعتبر حالها لا خلف عن مهر المثل وفي مهر المثل يعتبر حالها فكذلك في خلفه والصحيح انه يعتبر بحاله لقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره اي على الغني بقدر ماله وعلى المقل بقدر ماله ثم لا يزد على نصف مهر مثلها ولا ينقص عن خمسة دراهم لان المتعة وجبت عوضاً عن البضع وكل العوض لا يجوز ان يكون اقل من عشرة فنصف العوض لا يجوز ايضاً ان يكون اقل من خمسة وذكر في شرح الطحاوي والمتعة ثلاثة اثنان على

وهذا القول في حق المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور كما لتطوع في رواية لأنه لا كفارة فيه والصلوة بمنزلة الصوم فرضها كفره ونفلها كنفله وإذا خلا المصحب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقال عليه نصف المهر لأنه أعجز من المريض بخلاف العنين لأن الحكم أدبر على سلامة الآلة ولأبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه أن المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد انتبه .

وفي الذخيرة والحاصل أن المرض في جانبها متنوع بخلاف وأما المرض من جانبها فنقد قيل إنه أيضاً متنوع وقيل إنه غير متنوع وأنه يمنع صحة الخلوة على كل حال وجميع أنواعه في ذلك على السواء قال الصدر الشهيد رحمة الله وهو الصحيح *
قوله وهذا القول في حق المهر هو الصحيح لأن في العمل بهذه الرواية رعاية حق المرأة وفي العمل بالرواية الأخرى رعاية حق الله تعالى وحق العبد مقدم على حق الله تعالى لا حاجة وغنى الله تعالى حتى قلنا باباحة الأنظار حتى لا يمنع صحة الخلوة وفي الفتوى الإباح فإن قيل ينبغي أن لا يلزم كل المهر لأنه يلزمه القضاء على تقدير الفساد فلا يكون الخلوة صحيحة كما في قضاء رمضان قلنا لزوم القضاء في التطوع عندنا ضرورة صيانة المؤدى عن البطلان والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فيظهر ذلك في حق الصائم خاصة بالقضاء فلا يعدو إلى غيره حتى يفسد الخلوة بخلاف صوم قضاء رمضان فإنه فرض مطلقاً فكان أثره عاماً وفي الذخيرة الأحكام التي أقاموا الخلوة فيها مقام الوطئ تأكد جميع المسمى أن كان في العقد تسمية وتأكد مهر المثل أن لم يكن في العقد تسمية وثبوت النسب ووجوب العدة ووجوب النفقة والسكنى في هذه العدة وحرمة نكاح اختها مادامت العدة قائمة وحرمة نكاح أربع سواها وحرمة نكاح الأمة عليها على قياس قول أبي حنيفة

(كتاب النكاح ... باب المهر)

وإذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطى ثم طلقها فلها كمال مهرها وقال الشافعي رحمه الله لها نصف المهر لان الملعوق عليه إنما يصير مستوفيا بالوطى ولا يتأكد المهردونه وإنما أنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع وإن كان أحدهما مريضا أو صائما في رمضان أو محرما بحج فرض أو نفل أو بعمره أو كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لان هذه الأشياء موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر أو قيل مرضه لا يعري عن تكسروفتور وهذا التفصيل في مرضها واما صوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعاً وشرعاً وإن كان أحدهما صائماً تطوعاً فلها المهر كله لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى

قوله وإذا خلا الرجل بامرأته ثم طلقها فلها كمال مهرها وقال الشافعي رحمه الله لها نصف المهر لانه طلاق قبل المس فينتصف بالنص وإنما قوله تعالى وكيف تأخذونه وقد انضى بعضكم الى بعض نهى عن استرداد شيء من الصداق بعد الخلوة اذا الاقضاء عبارة عن الخلوة ومنه سمي المكان الخالي فضا والمس ليس بوطي حقيقة وإنما حملة على الوطى لانه سببه فاطلق اسم السبب على المسبب وحملناه على الخلوة لانه لا يمس امرأته عادة الا في الخلوة فكان اطلاق اسم الملزوم على اللازم والسبب على المسبب اذا الخلوة الصحيحة سبب المس ظاهراً وما ذكرنا اولى لتأييده بالنص وبقوله عليه السلام من كشف خماراً مرأته ثم طلقها وجب عليه المهر كما ملأ وقد حكى الطحاوي رحمه الله اجماع الصحابة في هذه المسئلة وعن الخلفاء الراشدين ان من اغلق باباً على امرأته أو رخص سترها ثم طلقها وجب لها الصداق كما ملأ **قوله** وهذا التفصيل في مرضها

قال وتستحب المنعة لكل مطلقة الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمي لها مهرا وقال الشافعي رحمه الله تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر طريقته المنعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة والمنعة لا تتكرر ولنا ان المنعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المنعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا

قوله وتستحب المنعة لكل مطلقة الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمي لها مهرا وهذا شكل في الاستثناء وفي الصدر اما في الاستثناء فلان حكم المستثنى لا بد ان يكون مخالفا للمستثنى منه ولم يوجد اذا الاستحباب ثابت في المستثنى كما في المستثنى منه فقد ذكر في المبسوط والمحيط والمحصر والمختلف ان المنعة تستحب للتي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها مهرا واما في الصدر فلان المنعة تجب للتي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا كما مر قبل هذا ويجاب عن الاول بانه اتبع القدر وي وهو قد ذكر في شرحه ان المنعة لا تستحب للتي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها مهرا ولانه من نفى الاستحباب اراد الاستحباب الناشئ من دفع وحشة الفراق وهو معدوم في المستثنى لان نصف المهر يجب بطريق المنعة اذ الطلاق فسخ في هذه الحالة فقد حصل الاستحباب الناشئ من دفع وحشة الطلاق بنصف المهر ومن اثبته اراد به الاحسان الى من عجز عن التكسب وذا مندوب فظهرت المخالفة بين المستثنى والمستثنى منه من هذا الوجه وعن الثاني بانه اجري لفظ الاستحباب على العموم واراد به حقيقة في البعض وهي التي طلقها بعد الدخول وقد سمي لها مهرا والمجازي الوجوب في البعض وهي التي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا اذ في الوجوب استحباب وزيادة وهذا واضح عند مشايخ العراق لتجويزهم الجمع بين الحقيقة والمجاز عند اختلاف المحل او يقال

قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطاً استحسننا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في ابطال حق الغير بخلاف المهر لا نه مال لا يحتاط في ايجابه وذكر القدوري رحمه الله في شرحه ان المانع ان كان شرعياً تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقياً كالمرض والصغر لا تجب لعدم التمكن حقيقة

رحمه الله في حرمة نكاح الامة على الحرة في العدة عن طلاق بائن ومراعاة وقت ونوع الطلاق في حقها واما الاحكام التي ما اقاموا الخلوة فيها مقام الوطى فلا حصان حتى لا يصير محصناً بالخلوة وحرمة البنات والاحلال للزوج الاول والرجعة والميراث حتى لو طلقها ثم مات وهي في العدة لا ترث واما وقوع طلاق آخر في هذه العدة فقد قيل لا يقع وقيل يقع وهو اقرب الى الصواب لان الاحكام لما اختلفت في هذا الباب وجب القول بالوقوع احتياطاً ثم هذا الطلاق يكون رجعياً او بائناً ذكر شيخ الاسلام رحمه الله انه يكون بائناً والعدة حق الشرع والولد حتى لا يصير الولد هالكا *

قوله وعليها العدة في جميع هذه المسائل اي عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة احتياطاً لتوهم الشغل مع تحقق هذه الموانع نظراً الى التمكن الحقيقي والعدة تجب حقاً للشرع والولد لصيانة الولد عن الاشتباه ولو اذن لها الزوج لا يحل لها الخروج فيحاط فيها اذا وقع الشك في الوجوب ولا تصدق في ابطال حقهم بخلاف المهر لان المال لا يجب بالشك فلا يجب اذا لم تصح الخلوة فان قيل لتوهم معدوم في فصل الجب قلنا شغل رحمها بما نه موهوم بالسحق ولهذا ثبت النسب اذا جاءت بولد على رواية ابي سلمان فتوهم الشغل بالسحق يوجب العدة وانتفاؤه لعدم الوطى حقيقة يمنع فيجب احتياطاً

ولا شركة بدون الاستحقاق وان تزوج حراً امرأة على خدمته سنة او على تعليم القرآن جاز فلها مهر مثلها وقال محمد لها قيمة خدمته وان تزوج عبداً امرأة باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته وقال الشافعي رحمه الله انها لتعليم القرآن والخدمة في الوجهين لان ما يصلح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهر اعنده لانه بذلك تتحقق المعوضة وصار كما اذا تزوجها على خدمة حراً خبر برضاها او على رعي الزوج غنمها ولنا ان المشروع انما هو الا بتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذلك المنافع على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنة تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولا نخدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح

نصف البضع صداً فالنصف منكوبة وذلك لانه لما جعل ابنته منكوبة الآخر صدقاً فالابنته اقضى ذلك انقسام منافع بضعها عليهما نصفين فيصير النصف منها للزوج بحكم النكاح والنصف لبنته بحكم المهر وملك النكاح لا يحتمل الاشتراك كما لو زوجت المرأة نفسها من رجلين •

قوله ولا شركة بدون الاستحقاق هذا جواب عن حرف الخصم بانه ان البضع لما لم يكن له صلاحية كونه صداً قائم بتحقيق الاشتراك لان منافع بضع المرأة لا تصلح ان يكون مملوكة لامرأة اخرى فبقي هذا شرطاً فاسداً والنكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف ما لو زوجت المرأة نفسها من رجلين حيث لا يصح لصلاحية الاشتراك لانها تصلح منكوبة لكل واحد منهما فيتحقق معنى الاشتراك ويسمى هذا النكاح نكاح الشغار من قولهم شغروا فلان من بلد اذا نفوه وطردوه لما انه عقد نفى عنه المهر وعن ابن فارس التركيب يدل على الخلوكذا في المعرب المهملة العين وذكر في الصحاح يقال شغرا الكلب اذا

(كتاب النكاح ... باب المهر)

والخلف لا يجامع الاصل ولا شيئاً منه فلا يجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في الايحاء فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل واذا زوج الرجل بنته على ان يزوجه بنته او اخته ليكون احد العقد ين عوضاً عن الآخر فالعقد ان جانزان ولكل واحدة منهما مهر مثلها وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه بطل العقد ان لانه جعل نصف البضع صداً والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الا يجاب ولنا انه سمي ما لا يصلح صداً افا يصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمي الخمر والخنزير

اراد بقوله لكل مطلقة غير التي تجب لها المتعة لانه بين حكمها سابقاً فدل سبق ذكرها على انه اراد بهذا العموم غيرها كيلا يلزم التكرار في البعض او التناقض وذكر الامام بدر الدين الكردي رحمه الله وحاصله ان المطلقات اربعة مطلقة قبل الدخول بالتسمية وهي التي تجب لها المتعة ومطلقة بعد الدخول وقد سمي لها مهراً ومطلقة بعد الدخول ولم يسم لها مهراً فتستحب المتعة لهما ومطلقة قبل الدخول مع التسمية وهي التي لا تستحب لها المتعة ولا تجب على اختيار القدروري وصاحب التحفة.

قوله والخلف لا يجامع الاصل اي لا يجامعه وجوباً وانما يجامعه استحباباً بالانها مبررة واحسان فلم يجب مع وجوب كل المفروض كما اذا كان بعد الدخول والتسمية **قوله** ولا شيئاً منه اي ولا عند وجوب نصف المفروض كما اذا كان قبل الدخول وبعد التسمية **قوله** وهو غير جان في الايحاء هذا جواب عن حرف الخصم وهو قوله وحشها بالفراق لانه فعل مانع له اذن الشرع فلا تلحقه الغرامة فلا تجب المتعة **قوله** واذا زوج الرجل بنته او اخته على ان يزوجه الزوج بنته او اخته ليكون احد العقد ين عوضاً عن الآخر شرطاً صريحاً بان قال على ان يكون مهر كل واحدة منهما نكاح الاخرى واجمعوا انه لو قال زوجتك ابنتي على ان تزوجني ابنتك ولم يقل على ان يكون بضع كل واحدة منهما صداً الاخرى جاز النكاح ولا يكون شغراً **قوله** لانه جعل

فعنده يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما بنصف المقبوض ولو كان تزوجها على عرض
 فقبضت اولم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بهالم يرجع عليها بشي في قولهم جميعا
 وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين
 المهر على ما مرتقيره وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض
 من جهتها وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع شي آخر مكانه بخلاف ما اذا كان
 المهر دينيا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه ببذل ولو تزوجها على حيوان
 او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد وهذا لان الجهالة
 تحملت في النكاح فاذا عين يصير كان التسمية وقعت عليه واذا تزوجها على الف على
 ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج عليها اخرى فان وفى بالشرط فلها المسمى
 لانه صلح مهر او قدتم رضاها به وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها
 لانه سمي مالها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها

واوحطت النصف ولم تهب الباقي حتى طلقها لم ينتصف الباقي فعلم بهذا ان الخط غير
 ملحق باصل العقد وهذا لان النكاح ليس بعقدا لمعاوضة وهذا معاوضة ومباداة مال
 بمال فلم يجب فيه اسناد الابرار والخط الى اصل العقد مع امكان التحقيق في الحال •

قوله فعنده يرجع عليها الى تمام النصف صورته ما اذا تزوجها على الف فوهبت المرأة ما تبين
 وقبضت الباقي فعند ابي حنيفة رحمه الله يرجع عليها بثلثمائة درهم حتى يتم النصف
 وعندهما المعتبر هو المقبوض فصار كانه تزوجها على ما قبضت فينتصف المقبوض وهو ثمانمائة درهم
قوله ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة اي على نوع من الحيوان
 غير موصوف بان قال على فرس او حمار او تزوجها على ثوب هروي او مروى فكذلك
 الجواب اي لم يرجع عليها بشي قبضت او لم تقبض لان المقبوض متعين في الرد اذا الاصل

(كتاب النكاح - باب المهر)

اعتبار البعض بالكل ولأن هبة البعض حظ فيلحق باصل العقد ولا يبي حنيفة رحمه الله ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق والحظ لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا ترى ان الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تنتصف ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي

اذا اشترى عبدا بالف فحط البائع عشر الثمن ثم وجد به عيبا ينقص عشر الثمن فانه يرجع بنقصان العيب وان حصل هذا بالحظ لان موجب الرد بالعيب سقوط بعض الثمن وهذا لا يحصل بالخط لان العشر خرج من كونه تمنا لا لتحاقه باصل العقد فكان العقد وافعا على ما وراءه فان قيل يشكل على هذا الاصل ما اذا قال الرجل لا خريعتني هذه التجارية بكذا او قال المولى زوجته منك لا يحل له وطئها لا خلاف السبب مع ان المقصود قد حصل لان كل واحد من السببين اعنى الشري او الزوج يثبت حل الوطئ قلنا هناك اختلف السبب والحكم جميعا اما السبب فظاهر لما ان الشري اغير الزوج واما الحكم فان ملك اليمين يغير ملك النكاح حكما لان النكاح يثبت الحل مقصود او البيع لا يثبت ولو اثبت لا يكون مقصودا وهما لا يجتمعان فعند الاختلاف لم يثبت واحد منهما يقينا فصا ركا نهما لم يثبتا اصلا للتدافع في الحكم فلم يثبت الحل لما ان الموضع موضع الاحتياط واما فيما نحن بصدده فحكم الصبيين واحدا لان كل واحد منهما يثبت الملك مقصودا وفي كل منهما وصول ما يستحقه الزوج اليه

قوله اعتبار البعض بالكل فانه لو لم تقبض شيئا حتى وهبت الكل لا يرجع عليها بشيء ولو قبضت الكل وهبت الكل منه يرجع عليها بنصف الالف فاذا قبضت النصف يرجع عليها بنصف ما قبضت **قوله** والحظ لا يلتحق باصل العقد الا ترى ان من تزوج امرأة على عشرين درهما فوهبت له خمسة عشر منه لا يجب العشرة ولو التحق بالحظ باصل العقد اصار كانه تزوجها على خمسة ولو تزوجها على خمسة تجب عشرة

فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير الى مهر المثل
لنعدرا ايجاب المسمى وقد امكن ايجاب الاوكس اذا اقل متيقن
وصار كالخلع والاعتاق على مال ولا بي حنيفة رحمة الله تعالى عليه

بالالف بدون المنفعة المشروطة كذا في المبسوط وذكر في الجامع الصغير التمر تاشي رح
تزوجها على الف ان لم يخرجها من البلد وعلى الفين ان اخرجها او على الف ان
لم تكن له امرأة وعلى الفين ان كانت له امرأة او على الف ان كانت عجمية وعلى الفين
ان كانت عربية او على الف ان كانت ثيبا وعلى الفين ان كانت بكر افا لشرط الاول
صحبه عندا بي حنيفة رحمة الله تعالى والثاني فاسد ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف
الالف فان دخل بها فان وفي لها بالشرط فلها الالف والاف مهر المثل لا يجاوز به
عن الفين ولا ينقص عن الف وقال الشيطان جائز ان يقال زفر رحمة الله فاسدان لان كل واحد
منهما معلق بخطر ولهما انه عقد عقدين وخير نفسه في احدهما وله ان الاول لا خطر فيه
فانه لو اقتص عليه صح والثاني فيه خطر لانه يتعلق بالنساخ الاول وعن الدبوسي وغيره
لو تزوجها على الف ان كانت قبيحة وعلى الفين ان كانت جميلة يصحان بالاجماع
لانه لا خطر في التسمية الثانية لان المرأة على صفة واحدة اما قبيحة واما جميلة لكن الزوج
لا يعرف وجهه لا يوجب الخطر قال رضي الله تعالى عنه في نوادر بن سماعة عن محمد
رحمة الله تعالى عليه نص على الخلاف .

قوله فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع عندهما لا يشكل وكذلك عنده لان
مهر المثل لا يعتبر بعد اطلاق قبل الدخول فيجب ما هو المتيقن ونصف الاوكس
متيقن وهو فوق المنفعة ظاهرا **قوله** وصار كالخلع والاعتاق على مال اي بهذا الطريق
الذي ذكرنا بان خالع او اعتق على الف او الفين على هذا العبد او على هذا العبد

(كتاب النكاح ... باب المهر)

كما في تسمية الكرامة والهدية مع الالف ولو تزوجها على الف ان اقام بها و
 على الفين ان اخرجها فان اقام بها فلها الالف وان اخرجها فلها مهر المثل لا يزداد
 على الفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال الشيطان جميعا
 جائز ان حتى كان لها الالف ان اقام بها ولا لقان ان اخرجها وقال زفر رحمه الله تعالى عليه
 الشيطان جميعا فاسد ان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من الف ولا يزداد على الفين
 واصل المسئلة في الاجارات في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غد فلك نصف
 درهم وسببها فيه ان شاء الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فاذا احدهما
 او كس والاخر ارفع فان كان مهر مثلها اقل من او كسهما فلها الاوكس
 وان كان اكثر من ارفعهما فلها الرفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند
 ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وقالها الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول بها

في العرض والحيوان العينية وثبوته في الذمة على خلاف القياس للضرورة لما فيه من الجهالة
 ولكونها تحملت في النكاح لانه تسامح فيه عادة فاذا تعين بالقبض صار كانه هو الذي
 ورد عليه العقد فتعين بالرد ولا كذلك المكيل او الموزون لانه يثبت في الذمة ثبوتاً أصلياً اذا صار
 موصوفاً كالدرهم والدنانير فكان ملحقاً بهما واحكام فيهما ان لا يتعين المقبوض بالرد
قوله كما في تسمية الكرامة اي كما اذا تزوجها على الف على ان يكرمها ولا يكلفها
 الاعمال اشافته وما تتعب بها **قوله** والهدية بان يرسل اليها الثياب الفاخرة مثلاً
 مع الالف وقال زفر رحمه الله تعالى ان شرطها مع الالف ما هو مال كالهدي فالجواب
 كذلك وان شرط ما ليس بمال كطلاق الضرة فليس لها الا الالف لان المال يتقوم بالاتلاف
 فكذلك يتقوم بمنع التسليم اذ شرطها في العقد فاما الطلاق ونحوه فلا يتقوم بالاتلاف فكذلك
 لا يتقوم بمنع التسليم ولكننا لانوجب التسليم باعتبار تقويم ما شرطها وانما كان لانعدام رضاها

وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه انه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس لان الثياب اجناس ولو سمي جنسابان قال هروي تصم التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمي مكيلا او موزونا وسمي جنسه دون صفته وان سمي جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف عنهما يثبت في الذمة ثبو تا صحيحا

بمال بدليل انه لا يصح امهارة ولا تبطله الشروط الفاسدة والحيوان يثبت ديناً في الذمة في مبادلة مال بما ليس بمال الا ترى انه وجب في الدية مائة من الابل شرعا وصفتها مجهولة فكذا ثبت شرطا وجعل كانه مال يلتزمه ابتداء والجهالة المستدركة لا تمنع صحة التزام المال ابتداء كما في الاقرار فان من اقرب شيء اوعبد لرجل صح واليه البيان وانما لا ينصرف الى الوسط لان المقربه مينة ليس بعوض وعين المهر هنا عوض وان كان باعتبار صفة المالية التزام المال ابتداء فلمكونه عوضا صرفناه الى الوسط عند اطلاق التسمية ليعتدل النظر من الجانبين لان الوسط ذو حظ منهما واكونه مالا يلتزم ابتداء لا يمنع جهالة الصفة صحة الالتزام*

قوله ويخير الزوج لما بينا وهو قوله لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة **قوله** وكذا اذا بالغ في وصف الثوب اي يخير الزوج اي بعد ما سمي جنسه بان قال ثوب هروي وبين عرضه وطوله بحيث لو سلم فيه يجوز السلم فيتخير الزوج يضافي ظاهر الرواية وفي رواية لا يخير لانه يصبر بمنزلة العين ولا خيار في العين

ان الموجب الاصيلي مهرا لمثل اذ هو الاعدل والعدل منه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق لانه لا موجب له في البدل الا ان مهرا لمثل اذا كان اكثر من الرفع فالمرأة رضى بالخط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضى بالزيادة والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب لا اعتراضه بالزيادة واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخيران شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رضي الله عنه معنى هذه المسئلة ان يسمى جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على فرس او حمارا اذ المسمى الجنس بان يتزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي رح يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمن في البيع لا يصلح مسمى في النكاح اذ كل واحد منهما معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة كالدية والا فابرو شرطنا ان يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجائنين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردي والوسط والوسط وحظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا واسطة لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه على المساومة وانما يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء والعين اصل تسمية فيتخير بينهما

قوله ان الموجب الاصيلي مهرا لمثل كقيمة في باب البيع **قوله** اذ هو الاعدل اي مهرا لمثل هو الاعدل لانه لا يجري الزيادة فيه والنقصان **قوله** ان يسمى جنس الحيوان اي نوعه **قوله** ولنا انه معاوضة مال بغير مال لان منافع البضع ليست

والوصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل للمشار اليه وليس بتابع له والتسمية ابلغ في التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات الا ترى ان من اشترى نصا على انه يا قوت فاذا هو زواج لا ينعقد العقد لا خلاف الجنس ولو اشترى على انه يا قوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لا تحاد الجنس وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد

قد يسمى باسم مجازة كما يسمى باسم حقيقته الا ترى ان من قال لامرأته هذه الكلبة طالق او قال لعبد هذا الحمار حر فانه يعتق وتطلق فلو امتنعت الاضافة اليه تسمية باسم غيره لما رفع الطلاق والعناق وانما لا يمتنع لان التسمية تحتل المجاز واما الاشارة فلا تحتل فلا يستقيم ان تجعل الاشارة الى عين اشارة الى غيره اما اطلاق اسم عين يجوز على عين آخر مجازا لان الاشارة الى شيء بمنزلة وضع اليد على ذلك الشيء فلا يتصور ان يكون الوضع على شيء وضعاً على شيء آخر فيتعلم الحكم بالمشار اليه ضرورة والمشار اليه ليس بما لا فيجب مهر المثل الى هذا اشار فخر الاسلام رحمه الله

قوله والوصف يتبعه اي في الاستحقاق كذا في الاسرار **قوله** ومحمد رحمه الله تعالى عليه يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه فان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى هذا الاصل مجمع عليه انما البيان في التخريج على هذا الاصل فابو يوسف رحمه الله تعالى عليه يقول الحرم مع العبد والخل مع الخمر جنسان مختلفان في حق الصداق لان احدهما مال منقول يصلح صداقا والاخر لا يتعلق بالحكم بالمسمى وهو مال فصارت الاشارة لبيان وصف المسمى كانه قال عبد مثل هذا في الوصف وكذا في الخل ومحمد رحمه الله يقول اختلاف الجنس باختلاف معنى الذات وذلك لا يفرق في الحر والعبد اذ منفعتهما تحصل على نمط واحد فاذا لم يتبدل معنى الذات اعتبر جنسا واحداً ان كانت العبرة

فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لان شرط قبول
 الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشرط الفاسدة
 لكن لم تصح التسمية لما ان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل
 فان تزوج امرأة على هذا الدن من المال فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رحمه الله
 وقالوا لها مثل وزنها خلا وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل
 عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابو يوسف رحمه الله تجب القيمة لابي يوسف
 رحمه الله تعالى عليه انه اطمعها ما لا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته او مثله ان كان من
 ذوات الامثال كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة رحمه الله تعالى عليه
 يقول لما اجتمعت الاشارة والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف
 فكانه تزوج على خمر او حر ومحمد رحمه الله تعالى عليه يقول الاصل ان المسمى
 اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى موجود في المشار اليه اذا

قوله فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز وعلى قول مالك رحمه الله
 تعالى عليه النكاح فاسد قيا سا على البيع واكنا نقول هما شرطا قبول الخمر وهو
 شرط فاسد الا ان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد وشرط صحة التسمية ان يكون المسمى مالا
 فاذا بطلت صار كانه لم يسم له عوضا فكان لها مهر مثلها وكذا نقول في البيع يصير كانه لم يسم
 ثمنه والبيع يفسد عند عدم التسمية وذكر في الايضاح وعقد النكاح لا يبطل بالشرط الفاسدة
 بخلاف البيع والفقه فيه هو ان الشرط الفاسد في البيع يصير ريبا والربوا حرام بنص الكتاب
 والاربوا في باب النكاح فلم يؤثر الشرط في ركن العقد فيبقى الركن صحيحا ولغا الشرط **قوله** فتعتبر
 الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وذلك لان التسمية واقعة على المشار اليه لانه قال تزوجتك على
 هذا فبقي اشكال وهو انه سماه بغير اسمه لكن بهذا لا يمنع انصراف التسمية اليه لان الشيء

فان تزوجها على هذين العبدین فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف رح لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لانه اطعمها سلامة العبدین وعجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته وقال محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ان العبد الباقي وتام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من قيمة العبد لانهما لو كانا حريين يجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتام مهر المثل واذا افرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء منافع البضع

قوله فان تزوجها على هذين العبدین فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي وهذه المسئلة مبنية على ما مهدناه من الاصل ووجهه ان عند ابي حنيفة رحمه الله تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو حتى وجب لها مهر المثل كانه لم يسم شيئا فهنا يكون تسمية العبد عند الاشارة الى الحر يكون لغوا ايضا فاذا لغت تسمية العبد الثاني صار كانه تزوجها على عبد فليس لها الا ذلك ولا يجب مهر المثل لانهما لا يجتمعان وعند ابي يوسف رحمه الله تسمية العبد معتبرة وان اشار الى الحر فاعتبر تسمية العبدین هنالك كنه عجز عن تسليم احدهما فيجب قيمته ومحمد رحمه الله يقول الا مكرما قال ابو حنيفة رحمه الله ان تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو لکنها ما رضيت بان يملك بضعها بعبد فيجب المصير الى مهر مثلها دفعا للضرر عنها فان قيل يشكل على هذا ما اذا تزوج امرأة على الف وعلى ان يعتق ابائها ثم لم يف بالشرط فلها الالف الى تمام مهر مثلها فعلم بهذا ان وجوب نصف المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل قلنا ان المرأة انما رضيت بالالف بشرط وفاء ما قرن به وهو اعتق ابائها فاذا لم يصل ذلك المشروط اليها صار كان التسمية لم توجد فيجب مهر المثل واما العبد الباقي في هذه الصورة فقد رضيت به معنى وذلك لانه لما ظهر ان احدهما حر صار كانه تزوجها ابتداء

لقلة التفاوت في المنافع والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد

للاشارة والمشار اليه لا يصلح مهر فصار كانه قال تزوجتك على هذا وسكت فاما الخل مع الخمر فجنسان مختلفان اذ المطلوب من الخل معلوم والمطلوب من الخمر معنى الاطراب فاذا كانا جنسين صار الحكم كما قال ابو يوسف رحمه الله وابو حنيفة رحمه الله يقول اختلاف الجنس لا يتحقق الابتدال المعنى والصورة لان كل موجود من الحوادث موجود بصورة ومعناه فالاخذ بالدينان حكم الجنس المختلفين الا اذا اختلفا صورة ومعنى وصورة الخمر والخل متحدة وكذا صورة الحر والعبد واذا لم يثبت اختلاف الجنس باختلاف المعاني لوجود الاتحاد صورة كان المشار اليه من جنس المسمى فكانت العبرة للاشارة في الفصلين فصار كانه تزوجها على حرا وخمرا وميتة فيجب مهر المثل وابو يوسف رحمه الله خالف اصله فيما اذا كان المشار اليه يصلح مهرا كما اذا تزوجها على هذا الدين من الخمر فاذا هي حل او على هذا الميتة فاذا هي زكية وقال جمع بين الاشارة والتسمية وصحت احدهما وبطلت الاخرى اعتبرت الصحيحة في الفصلين تعاديا عن المصير الى مهر المثل لانه ضروري عنده لا يصار اليه الا عند التعذروا لان اعتبار التسمية حال صحتها لا يدل على اعتبارها حال فسادها وابو حنيفة رحمه الله يقول فيما روى ابو يوسف رحمه الله عنه ان لها المشار اليه لانه من جنس المسمى وهذه الرواية اصح كذا حكى شمس الانثة السرخسي رحمه الله وفي رواية محمد رحمه الله عنه وقد عول عليه البعض ان لها مهر مثلها لان الموجب الاصلي هو مهر المثل والتسمية اقوى من حيث انها تعرف المعنى والاشارة تعرف الصورة لكن الاشارة اقوى من حيث انها تقطع الشبهة ولا تحتمل المجاز بخلاف التسمية فبيما اذا كان المشار اليه لا يصلح مهرا رجحت الاشارة وفيما اذا كان يصلح مهرا رجحت التسمية رعاية للموجب الاصلي وهو مهر المثل في الفصلين

قال و مهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات عماتها وبنات اعمامها لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسانها من اقارب الاب ولا ان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر بماها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها لما بينا فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما انها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل ان تتساوى المرأتان في الصن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر فالوا يعتبر اتساوي ايضا في البكارة لانه يختلف بالبكارة والثبوبة واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح ثم المرأة بالخيار في مطالبته ازواجه او وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي اذا ادعى على الزوج ان كان بامرء كما هو الرسم في الكفالة وكذلك يصح هذا الضمان وان كانت الزوجة صغيرة بخلافه اذا باع الاب مال الصغير وضمن الثمن لان الولي سفير ومعبّر في النكاح وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه

لان وجوب العدة بسبب الوطي فيعتبر آخر الوطئات حتى لو حاضت بعد الوطي قبل التفريق ثلث حيض فقد انقضت العدة ولنا ان السبب الموجب للعدة شبهة النكاح ورفع هذه الشبهة بالتفريق الا ترى انه لو وطئها قبل التفريق لا يجب الحدد وبعده يجب فلا تصير شائعة في العدة ما لم ترتفع شبهة التفريق.

قوله ومهر مثلها يعتبر باخواتها اي التي من قبل ابيها وقال ابن ابي ليلى يعتبر بماها وقوم امها كاخالات **قوله** من اقارب الاب من تمة قول ابن مسعود رضي الله عنه كذا في فوائد حميد الدين رحمه الله **قوله** والدين اي الديانة **قوله** باختلاف الدار اي البلد **قوله** واذا ضمن الولي اي ولي المرأة.

(كتاب النكاح ... باب المهر)

وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكّن فلا يقام مقام الوطى فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزداد على المسمى عندنا خلافا لفرقة اللهو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا ان المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فاذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه فتقدّر بدله بقيمته وعليها العدة الحاقا المشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزاعن اشتباه النسب ويعتبرا ابتداءها من وقت التفريق لا من آخر الوطئات هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولدها لان النسب يحتاط في اثباته احياء المولود فيترتب على الثابت من وجه وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة باعتباره

على حرو عبد فلو كان كذلك لا يجب مهر المثل كذا هنا ولان المرأة يلزمها الضرر الكثير هناك ان لم يكمل مهر المثل لعدم امكان توقيها عنه فكانت مغرورة بشرط الزوج فيجب عليه دفع الغرور بتكميل مهر المثل وفيما نحن بصدد ذلك يمكن التعرف من حال كل واحد من المشار اليهما قبل النكاح فلو لمزمها الضرر انما يلزمها بتفريط كان منها فكان الضرر اخف .

قوله وكذا بعد الخلوة اي لا يجب المهر بعد الخلوة الصحيحة لانه لا يثبت بها التمكّن فصا رك خلوة الخايض وهذا معنى قولهم الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد كالخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح **قوله** خلافا لفرقة اللهو عنده يجب مهر المثل بالغام بالبع لان الواجب عند فساد العقد بدل المتلف الا ترى ان المقبوض بالشرء الفاسد مضمون بالقيمة بالغة ما بلغت فكذا المستوفى بالنكاح الفاسد **قوله** لعدم صحة التسمية لانها بقاء على العقد وقد فسد العقد فيفسد ما بني عليه **قوله** وعليها العدة اي في التفريق بعد الدخول كذا في المتاركة ويعتبر ابتداءها من وقت التفريق وقال زفر رحمه الله من آخر وطي وطئها

ويبيني على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلماً اليه بالوطئة الواحدة او بالخلوة ولهذا يتأكد كدبها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبايع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل بالبدل لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم فلا يخلو عن العوض ابانة لخطره والتأكد بالواحدة لاجبائها ما وراها فلا يصلح مزا حمال المعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما تحققت المزا حمة وصار المهر مقابلاً بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى اخرى واخرى يدفع بجميعها واذا اوفاهامهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغربية تؤذي وفي قرى المصر القرية لا تحقق الغربية **قال** ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة الى تمام مهر مثلاً والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحم وقال ابو يوسف رح القول قوله بعد الطلاق وقبله الا ان يأتي بشيء قليل

قوله ويبيني على هذا استحقاق النفقة اذا منعت نفسها فعندها لها النفقة لانها ليست بناشرة لان الامتناع بحق وعندهما لا نفقة لها لانها ناشرة **قوله** لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلماً اليه المعقود عليه هنا في حكم العين حتى لا يصح فيه التوقيت وقد صار مسلماً بالوطئة الواحدة برضاها وبالخلوة الصحيحة وبالمنع تصير مستردة والثابت لها حق المنع عن التسليم لاحق الاسترداد بعد التسليم **قوله** وله اي لابي حنيفة رح انها منعت منه ما قابل البدل كما لو سلم البائع بعض المبيع الى المشتري لا يسقط حقه في حبس ما بقي منه **قوله** لان الغريب يؤذي وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وكثير من المشايخ على انه ليس للزوج ان يسافر بها في زماننا وان اوفاهامهر لان الغريب ممنهن ولكن ينقلها الى القرى اين احب لانه لا يتحقق الغربية وعليه الفتوى وله ان ينقلها من القرية الى المصر ومن القرية الى القرية **قوله** ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فهذه

(كتاب النكاح ... باب المهر)

و يصح ابرأؤه عند ابي حنيفة ومحمد وحمهما الله ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح
الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد
الا ترى انه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه .

قال وللرأة ان تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنع ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين
حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها من
السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفى فيها المهر كله اي المعجل لان حق
الحبس لا استيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء ولو كان المهر كله مؤجلا
ليس لها ان تمنع نفسها لا سقاطها حقها بالتأجيل كافي البيع وفيه خلاف ابي يوسف
رحمه الله وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لايس
لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة وكانت
صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها

قوله ويصح ابرأؤه اي ابراء الولي المشتري وكذا الوصي وهذا اذا اخذ
او ابرا ما هو واجب المصبي بعقدهما واما اذا لم يكن واجبا بعقدهما لا يجوز بالاجماع
قوله ويملك قبضه اي يملك الولي قبض الثمن بعد بلوغ الصغير **قوله** وولاية
قبض المهر للاب بحكم الابوة وهذا جواب سؤال مقدربان يقال ان الاب يملك
قبض الصداق ايضا كالوكيل يملك قبض الثمن فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه
فاجاب بان ولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد **قوله** كافي البيع
للبائع حق حبس المبيع حتى يستوفى الثمن فكذلك للمرأة حق حبس الموقوف عليه
في النكاح وهو منافع البضع **قوله** لان حق الحبس لاستيفاء المستحق اي حق حبس
المرأة المزوج لاستيفاء المستحق بعقد النكاح وليس له حق الاستيفاء قبل ايفاء المهر
قوله لا سقاط حقها بالتأجيل كافي البيع اذا كان الثمن مؤجلا ليس للبائع حق حبس المبيع

والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمرأة الالفين فان كان مهر مثلها الفا او اقل فالقول قوله وان كان الفين او اكثر فالقول قولها وايهما اقام البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتهما لانها تثبت الزيادة

العشرة والصحيح ان يدعي شيئا قليلا يعلم انه لا يتزوج مثل تلك المرأة بذلك المهر عادة لانا نجعل القول قوله بشهادة الظاهر له وقداد على خلاف الظاهر هنا فلم يصدق ودعوى اقل من عشرة دراهم كدعوى العشرة لانها لا تنجز في باب النكاح وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله فاذا كان الدعوى ما دون العشرة كدعوى العشرة صار كانه ادعى العشرة وهي تدعى الالف فعلى قوله يكون القول قوله لان ما يدعيه ليس بقليل شرعا

قوله والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فانه قال تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فيحمل على ما هو المذكور في الاصل وهو ان يختلفا في الالف والالفين **قوله** وشرح قولهما اي قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فان مهر المثل يجعل حكما عند هما فان شهدا أحدهما فالقول قوله مع يمينه فان قيل اذا اختلفا المتبايعان في الثمن وقيمة المبيع يشهد أحدهما لا يعتبر قوله وان شهد له الظاهر قلنا القيمة لا يمكن اثباتها ثما بمطلق العقد ومهر المثل يمكن اثباته بمطلق العقد فافترا **قوله** وان اقاما البينة في الوجه الاول وهو ما اذا ادعى الزوج الالف ومهر مثلها الف (قوله)

(كتاب النكاح - باب المهر)

ومعناه ما لا يتعارف مهرها هو الصحيح لابي يوسف ان المرأة تدعي الزيادة
والزوج ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه
وهذا لان تقوم منافع البضع ضروري فتمنى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار
اليه ولهما ان القول في الدعا وي قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له
مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي في باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في
مقدار الاجر يحكم فيه قيمة الصبغ ثم ذكره ههنا بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف
المهر وهذا ولاية الجامع الصغير والا صل وذكر في الجامع الكبير انه يحكم منتهى مثلها
وهو قياس قولهما لان المنعة موجبه بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كمووجه التوفيق انه وضع
المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمنعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها
ووضعها في الجامع الكبير في المائة والعشرة ومنتهى مثلها عشرون فيفيد تحكيمها

المسئلة على وجوه اما ان اختلفا في حيوتها او بعد موتها اختلف ورثتهما او بعد موت
احدهما فان اختلفا في حيوتها فلا يخلو اما ان اختلفا قبل الطلاق او بعده وكل ذلك
على وجهين اما ان كان الاختلاف في اصل التسمية او لم يكن او في مقدار المسمى
اما اذا وقع الاختلاف في مقدار المسمى في حال قيام النكاح او بعد الفقرة بعد الدخول
او موت احدهما كان القول قول المرأة الى تمام مهر مثلها او ورثتهما فالقول
قول الزوج او ورثته في الزيادة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولو كان الاختلاف
في اصل المسمى وجب مهر المثل بالاجماع ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول
قول ورثة الزوج ولا يستثنى القليل وعند محمد رح الجواب فيه كالجواب في حال
الحياة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رح القول قول من انكره ولا يحكم
مهر المثل عنده بعد موتهما

قوله ومعناه ما لا يتعارف مهرها هو الصحيح وقال بعضهم ان يدعي مادون

يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعندة تعذر القضاء بالمسمى
 فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب
 في حيوتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ولو كان الاختلاف بعد
 موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ولا يستثنى
 القليل وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه القول قول الورثة الا ان يأتوا بشي قليل
 وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند
 ابي حنيفة رحمه الله القول قول من انكره فالحاصل انه لا حكم لمهر المثل عندة بعد
 موتها على ما بينه من بعد ان شاء الله تعالى واذا مات الزوجان وقد سمي لها مهر فلورثتها
 ان يأخذوا ذلك من ميراثه وان لم يسم لها مهر فلا شي لورثتها عند ابي حنيفة رحمه الله
 وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الثاني
 اما الاول فلان المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم
 انها ماتت او لا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار ديناً في
 ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ولا يبي حنيفة رحمه الله ان موتها
 يدل على انقراض اقرانها فمهر من يقدر القاصي مهر المثل ومن بعث الي امرأته
 شيئاً فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة
 التملك كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب *

قوله ويجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد
 رحمهما الله **قوله** وعندة اي عند ابي يوسف رحمه الله تعذر القضاء بالمسمى لعدم ثبوت
 التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مهر **قوله** واما الثاني فهو ما
 اذا لم يكن سمي لها مهر واختلفا في اصل التسمية وقد ماتا فوجه قولهما ان مهر المثل صار ديناً

(كتاب النكاح باب المهر)

وفي الوجه الثاني بينته لأنها تثبت الحط وان كان مهر مثلها ألفاً وخمسمائة تحالفاً
 وإذا حلفا تجب ألف وخمسمائة هذا تخريج الرازي رحمه الله تعالى عليه
 وقال الكرخي رحمه الله تعالى يتحالفان في الفصول الثلاثة ثم يحكم مهر
 المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في أصل المسمى

قوله وفي الوجه الثاني بينته وهو ما إذا كان مهر مثلها ألفين والمرأة تدعي
 ذلك لأنها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر البينة بينة من يثبت خلاف الظاهر
قوله وإذا حلفا يجب ألف وخمسمائة ألف مسمى لا يجبر الزوج فيه وخمسمائة باعتبار
 مهر المثل يجبر فيها الزوج ويجب أن يقرع بينهما في البداءة لعدم الرجحان لأحد هما وإيهما
 أقام البينة قبلت بينته وإن أقام البينة قضي بألف مسمى وخمسمائة باعتبار مهر المثل لأن
 البينتين بطلنا للتعارض ونص محمد رحمه الله في هذا الفصل أن بينة المرأة أولى لا ثباتها
 الزيادة وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله بعد ذلك وجوب مهر المثل فيما إذا تحالفا
 فقال ثم إذا تحالفا يبدأ بيمين الزوج لأنه ابينهما إنكاراً وإن أقام البينة فالبينة بينة المرأة
قوله وهذا تخريج الرازي وقال الكرخي رحمه الله يتحالفان أولاً في الفصول الثلاثة
 وهي أن يكون مهر المثل شاهداً له أو لها أو يكون فوق ما يدعي الزوج ودون ما تدعي المرأة
 ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك لأن ظهور مهر المثل عند عدم التسمية وإنما يثبت عدم التسمية
 بالتحالف لأن ما يدعي كل واحد منهما ينتفي بيمين صاحبه فبقي نكاحاً بلا تسمية فيكون
 موجب مهر المثل ووجه قول الرازي أنه إنما يصار إلى التحالف إذا لم يمكن ترجيح قول
 أحدهما على الآخر بشهادة الظاهر له وإذا كان مهر المثل يشهد لأحدهما فالظاهر شاهد له فلا يصار
 إلى التحالف قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قول الكرخي **قوله** ولو كان الاختلاف
 في أصل المسمى بأن ادعى أحدهما التسمية وانكر الآخر كان القول قول من ينكر التسمية

وغيرهما ليس لهن ان يحسبه من المهر لان الظاهر يكذبه والله تعالى اعلم بالصواب .

فصل

واذا تزج النصراني نصرانية على ميتة او على غيره مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها وطلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لهما مهر وكذا لك الحربان في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قولهما في الحربيين وامافي الذمية فلها مهر مثلها ان مات عنها او دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وقال زفر رحمه الله تعالى عليه لهما مهر المثل في الحربيين ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عام ما ثبت الحكم على العموم لهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام وولاية الالتزام منقطعة لتباين الدار بخلاف اهل الذمة

لانه يثبت القضاء والبراءة من المهر والنفقة والكسوة وكذا الواقام كل واحد منهما بينة على اقرار ما ادعاه الآخر .

قوله وغيرهما كمتاع البيت وفي الفتاوى الظهيرية وههنا مسئلة عجيبة وهي انه لا يجب على الزوج حقها ويجب عليه حق امتثالها منبهة من الخروج دون امتثالها والله تعالى اعلم .

فصل

قوله واذا تزوج النصراني نصرانية الى قوله فليس لها مهر يعني وان اسلمها كذا في المبسوط **قوله** ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال قال الله تعالى ان تبغوا باموالكم **قوله** وهذا الشرع وقع عام لانه عليه السلام بعث الى الكل قال الله تعالى قل يا ايها الناس اني رسول الله اليكم جميعا فثبت الحكم على العموم *

قال الا في الطعام الذي يؤكل فان القول قولها والمراد منه ما يكون مهياً للاكل لانه يتعارف مديته فاما في الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع

في ذمته كما لمسمى فلا يسقط بالموث كما اذا مات احدهما وعليه الفتوى فقوالهما قياس وقول ابي حنيفة رحمه الله استحسان ولقول ابي حنيفة رحمه الله طريقتان احدهما ما استدل به ابو حنيفة رحمه الله وقال رأيت لو ادعى ورثة علي رضي الله عنه على ورثة عمر رضي الله عنه مهرام كلثوم اكنتم اقضى فيه بشيء وهذا اشارة الى انه انما يقول بهذا بعد تقادما العهد لان مهرام مثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد وانقرض اهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل وعلى هذا الطريق اذا لم يكن العهد متقادما بان لم يختلف مهر هذه المرأة فنقضي بمهر مثلها بالطريق الاخر يقتضي سقوطه وان لم يتقادم وهو ان المستحق بالنكاح ثلاثة اشياء المسمى وهو الاقوى والنفقة وهي الاضعف ومهر المثل متوسط يشبه المسمى من حيث انه قيمة البضع ويشبه النفقة من حيث انه يجب بغير شرط فالمسمى لقوته لا يسقط لابطوتهما ولا بهوتهما والنفقة لضعفها تسقط بموتهما وبموت احد هما ومهر المثل يتردد بين ذلك فليسقط بموتهما ولا يسقط بموت احدهما لان ما تردد بين اصلين توفرحظه عليهما الا ترى ان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا ان مهر المثل هل يسقط بموت احدهما فيكون ذلك اتفاقا منهم انه يسقط بموتهما كذا في المبسوط .

قوله والمراد منه ما يكون مهياً للاكل نحووا لحلوا والمشوي والفاكهة او غيره مما لا يدخر ولا يعطى في المهر عادة حتى لو لم يكن مهياً للاكل نحو شاة حية او حنطة او دقيق او سكر او تمر او لوز او صل او سمن او فاكهة او مطعوم يبقى مثلها شهراً فالقول قوله مع يمينه فان حلف انها لم تكن هدية يحسب له ذلك من المهر فالبينة بينته ايضا

وجه قولهما ان القبض مؤكدا للملك في المقبوض فيكون له شبه بالاعتد فيمتنع
بسبب الاسلام كما اعتد وصار كما اذا كانا بغير اعيانها واذا التحقت حالة القبض بحالة
الاعتد فابويوسف رحمه الله يقول لو كانا مسلمين وقت الاعتد يجب مهر المثل فكذا
ههنا ومحمد رحمه الله يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع التسليم
للاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولا يبي حنيفة رحمه الله
ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل
من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كما سترداد الخمر المغصوب وفي
غير المعين القبض موجب ملك العين فيمتنع بالاسلام بخلاف المشتري لان ملك
التصرف فيه انما يستفاد بالقبض واذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة
في التخزين لانه من ذوات القيم

ان يجب حقها او حقا للشرع لا وجه الى الاول لانها رضية بغير مهر ولا وجه
الى الثاني لانه غير مخاطب بحقوق الشرع •

قوله وجه قولهما ان القبض مؤكدا للملك في المقبوض الا ترى ان الصداق
ينتصف بنفس الطلاق قبل الدخول اذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود شيء
الى ملك الزوج الا بقضاء او رضاء وكذلك الزوائد ينتصف قبل القبض
ولا ينتصف بعده خلاف محمد رحمه الله تعالى عليه وكذلك لو مر يوم الفطر
والصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول لا تجب صدقة الفطر عليها بخلاف
ما بعد القبض وكذلك لا تجب الزكاة عليها عند ابي حنيفة رحمه الله في المهر قبل
القبض بخلاف ما بعده **قوله** ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الملك في الصداق المعين يتم
كد

لأنهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالربوا والزنا وولاية
الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة رحمه الله ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا
في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف او بالمحاجنة وكل
ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فاننا امرنا بان نتركهم وما يدنيون فصاروا كاهل
الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والربوا مستثنى عن عقودهم لقوله
صلى الله عليه وسلم الامن اربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب او على غير
مهر يحتمل نفى المهر ويحتمل السكوت وقد قبل في الميتة والسكوت روايتان والاصح
ان الكل على الخلاف فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلم او اسلم
احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيا نهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير
اهبانهما فلم ياتي الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف رحمه الله الهامهر المثل في الوجهين وقال محمد بن ابي القاسم في الوجهين

قوله لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات قال الله تعالى **وَأَنِ احْكُم**
بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ ووجوب مهر المثل في النكاح عند نفى المهر من احكام
الاسلام فيظهر في حقهم كما يظهر حكم الربوا والزنا **قوله** ولابي حنيفة رحمه
الله تعالى عليه ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات كالصلوة والزكاة
والاصوم وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات كبيع الخنزير **قوله** والربوا مستثنى
عن عقودهم اي عقد اهل الذمة لقوله عليه السلام الامن اربى فليس بيننا وبينه عهد
وقال الله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه بين انه كان حراما في دينهم اما النكاح
بغير مهر فجاء نفي دينهم كما لو تزوجها على خمر ولان المهر لو وجب لا يخلو ما

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعيينيهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما وكذلك المكاتب لان الكتابة او جبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده

باب نكاح الرقيق

قوله وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد فيد بالعبد لانه لا يجوز للامة بالاجماع لان يضعها مملوك للمولى هو يقول ان النكاح من خواص الانسان والعبد فيما هو من خواص الانسان مبقى على اصل الحرية اذ هو مملوك للمولى من حيث انه مال لامن حيث انه آدمي الا ترى انه يملك الطلاق الذي هو صار محض حتى لا يملك الصبي العاقل وان اذن له وليه فلان يملك النكاح الذي فيه تحصينه واعفائه او **قوله** لانه يملك الطلاق فيملك النكاح لان الطلاق حكم يستفاد من النكاح فلما كان اهلا لحكمه بغير اذن المولى كان اهلا لسببه **قوله** اذ النكاح عيب فيهما اما في العبد فلشغل ما ليته بالمهر والنفقة وما ليته ملك المولى واما في الامة فلانه يحرم عليه يضعها والاستمتاع بها الا ترى انه لو باع رقبته بمال لم يجز مع ان نفعه يعود الى المولى فلان لا يجوز النكاح ولا منفعة للمولى في عقده او **قوله** فان قيل يشكل على هذا صحة اقراره بالحدود والقصاص فان وجوب قطع اليد في السرقة والقصاص عيب فيهما على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رحمه الله بمنزلة الاستحقاق وهو ايضا اقوى العيوب فولايته على هذا التعيب يبطل هذه النكته قلنا العبد لا يصير مملوكا لما لانه

(كتاب النكاح ... فصل)

فيكون اخذ قيمته كما خذ عينه ولا كذلك الخمر لانها من ذوات الامثال
الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر
ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة
اوجب نصفها والله تعالى اعلم بالصواب *

بنفس العقد لان الملك نوعان ملك رقبة وملك تصرف وكل ذاك حاصل ولهذا
يملك التصرف فيه كيف شاءت ببذل او بغير بدل فالقبض هنا غير موجب ملك التصرف
وملك العين وبهذه النكته يخرج الجواب عن فصل البيع فانه اذا باع الخمر والخنزير
او اشترى ثم اسلم قبل القبض حيث يفسخ البيع ويمنع عن القبض ويخرج الجواب
ايضاحا اذا لم يكونا عينين حيث لا يستحق عين الخمر فيه او الخنزير بالاجماع اما البيع
فان المبيع بعد القبض يستفاد ملك التصرف فيه لاقبله والاسلام مانع من القبض اشبهه
بابتداء العقد ولان ضمان المبيع في يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على
ملكه فكان قبض المشتري نافلا لضمان الملك فاما ضمان المسمى في يد الزوج فليس
ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها ولهذا لو وجب لها القيمة فلا يكون الاسلام
مانعا من القبض الناقل للضمان اذا لم يكن ضمان ملك كاسترداد المغصوب بل اولى
لان في استرداد المغصوب ازالة اليد المانعة وهي يد الغاصب وليس ههنا ازالة اليد المانعة
فلان لا يمنع عن القبض كان اولى *

قوله فيكون اخذ قيمته كما خذ عينه الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام يجبر على
القبول فيكون فيه تقدير حكم عقد باسراء في حالة الكفر لاعلى سنن الشرع
والله تعالى اعلم بالصواب *

او هو ادنى فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتتبع الاجازة

قوله او هو ادنى لانه منع من الثبوت والطلاق رفع بعده فكان الحمل عليه اولى فان قيل العمل بالحقيقة متى امكن الايصار الى المجاز والطلاق لا يبطال ملك النكاح حقيقة وللمتاركة مجاز وقد امكن العمل بالحقيقة هنا فلا يصار الى المجاز قلنا الحقيقة تترك عند قيام الدليل فلهنا قام الدليل على عدم ارادة الحقيقة وهو التمرد على مولاه بقلة الانتفات اليه فلماذا جعل قوله طلقها مجازا عن الرد فان قيل يشكل بما لزوج الفضولي رجلا امرأة فلما بلغ الخبر اليه قال طلقها فانه يكون اجازة قلنا لان المولى لا يقدر على التطليق فلا يملك الامر به فجعل مجازا عن رد النكاح وثمة يملك التطليق بالا اجازة فيملك الامر به فتثبت الاجازة في ضمنه ولا يشكل ايضا بما اذا قالت المرأة لرجل طلقني يكون اقرارا بالنكاح وكذلك لزوج الرجل الفضولي اربعاً في عقدة وثلاثاً في عقدة وبلغه الخبر فطلق احدى الثلث او احدى الاربع بغير عينها كان اجازة منه لنكاح ذلك الفريق اما الاول فان الظاهر من حالها مباشرة النكاح الصحيح فحمل عليه وهنا دليل الفساد ظاهر وهو تمرده على مولاه بالنكاح بغير اذنه واما الثاني فان قول الزوج لا يصح الابان بحمل على الطلاق لانه ان وقع في النبي صح نكاحهن صح كلامه وان وقع في النبي لم يصح نكاحهن لا يصح كلامه فجعل منه اجازة للعقد تصحيحاً لكلامه وهنا قول المولى صحيح في الحالين سواء كان امراً بالطلاق او بالمنازعة **قوله** وان قال طلقها تطليقة رجعية فهو اجازة وكذا اذا قال وقع عليها تطليقة او طلقها تطليقة يقع عليها •

ويملك تزويج امته لانه باب الاكساب و كذا المكاتبه لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امته لما بينا وكذا المدبر وام الولدان الملك فيهما قائم واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في رتبة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدي من كسبهما لامن نفسيهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقتها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومثار كنه يسمى طلاقا ومفارقة وهو ايق بحال العبد المتمرّد .

فيما يتعلق به خطاب الشرع ثم الحدود والقصاص انما وجبت عقوبة وجزاء على هتك حرمة لزمت العبد شرعا وصيانة هتك الحرمات واجبة على من خوطب بها والعبد منه وما ثبت من التعيب ثبت في ضمن صيانة الواجب شرعا لله تعالى فلا يبالى به واما النكاح فعقد ازدواج واقتضاء شهوة كل واحد من الزوجين من صاحبه فلا يملك الا بملك الرقبة والرقبة للمولى فلا يصح بدون اذنه .

قوله ويملك تزويج امته لانه من باب الاكساب اي اكساب الولدان ينفع الام واكساب المهر والنفقة **قوله** ويملك تزويج امته لما بينا اي لانه من باب الاكساب **قوله** لوجود سببه وهو النكاح اذ هو لم يشرع بلا مهر **قوله** فقال المولى طلقها او فارقتها فليس هذا باجازة وقال ابن ابي ليلى يكون اجازة لان الطلاق المعهود يكون بعد النكاح ولهذا الوادعت امرأة على رجل انه تزوجها وهو ينكر ثم طلقها فان طلاقه اقرار بانته تزوجها .

وجب الدين بسبب لا مردله فشابه دين الاستهلاك وصار اسكالمريض المديون
 اذا تزوج امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان يبثها
 بيت الزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطنتها لان
 حق المولى في الاستخدام باق والتبوية ابطال له فان بواها معه بيتا فلها النفقة
 والسكنى والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بواها بيتا ثم بداله ان يستخدمها له ذلك
 لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوية كما لا يسقط بالنكاح قال رضي الله عنه
 ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان المولى
 اجبارهما على النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا اجبار في العبد وهو رواية
 عن ابي حنيفة رحمه الله لان النكاح من خصائص الادمية والعبد داخل تحت ملك المولى
 من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع يضعها فملك تمليكها
 ولان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان

في اصل العقد فلا يتقيد بصفة دون صفة كالاذن في البيع والشراء ولان الحاجة الى
 اذن المولى لشغل رقبة بالمهر لا تملك البضع لانه في حقه مبقى على اصل الحرية
 بدليل تمكنه من ازالة هذا الملك بلا استطلاع رأي المولى والفاسد فيه مثل الجائز
 لان الشغل يتعلق بهما بخلاف مسئلة اليمين فانه منع نفسه عن تملك البضع وعن شغل
 ذمته بالمهر وهو يملك كليهما على نفسه فيصح المنع منهما ولا يتصور المنع منهما الا بالنكاح
 الجائز لان تملك البضع لا يثبت بالفاسد وهنا الامر في حق تملك البضع لا يصح
 وانما يصح لشغل الرقبة بالمهر وذا يتحقق بالجائز والفاسد فانصرف الا مر اليهما
قوله وجب الدين بسبب لا مردله وهو صحة النكاح فشابه دين الاستهلاك
 اذا استهلك المأذون المديون عين انسان صار صاحب العين اسوة للغرماء

ومن قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا يؤخذ منه اذا عتق واصله ان الاذن في النكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحسين وذلك بالجائز ولهذا وحلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد في البيع الفاسد حاصل وهو ملك التصرفات وله ان اللفظ مطلق فيجري على اطلاقه في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطى ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ومن زوج عبدا مدييه ناما ذونا له امرأة جازوا المرأة اسوة للغرماء في مهرها ومعناها اذا كان النكاح بمهر مثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما ذكره والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالا بطل مقصود الا انه اذا صح النكاح

قوله ومن قال لعبده تزوج هذه الامة الاشارة الى الامة المعنية ليست بقيد وكذا الحكم فيما اذا قال له تزوج امرأة **قوله** ولهذا لو حلف لا يتزوج انما قيد بالمستقبل لانه لو حلف وقال انه ما تزوج امرأة في الماضي وقد كان تزوج فاسدا او صحيحا كان حائثا في يمينه كذا في المبسوط **قوله** في البيع فان امره بالبيع ينتظم الجائز والفاسد **قوله** ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة وهي طريقة اجراء اللفظ المطلق على اطلاقه ولئن كان قول الكل فالعذر لابي حنيفة رحمه الله ان ثمة تقيد بالعرف ومبنى الايمان على العرف وكذا التوكيل في النكاح عند ابي حنيفة رحمه الله ينتظم الجائز والفاسد حتى لو زوج امرأة نكاحا فاسدا تنتهي به الوكالة وهذا الان الفساد والصحة صفتا العقد والاذن من المولى

كما اذا ارتدت الحرة والقتل في حق احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلا فالزفر رحمة الله تعالى عليه هو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته

في قتل المولى امته وهي الكفارة وانما بطل القود لغوات الفائدة لاستحالة ان يجب له عليه واذا قتلت نفسها او قتلها اجنبي لم يوجد منع المبدل ممن له البدل واذا قتل المولى زوجها قبل الدخول فما منع المعقود عليه من العاقد بل منع العاقد عن المعقود عليه وهذا لا يوجب سقوط البدل كالبائع اذا قتل المشتري قبل تسليم المبيع اليه ومنى قتل المبيع قبل التسليم سقط البدل ولا يلزم على هذا ارتضاع الصغيرة المنكوحة من ام زوجها وتقبيل المجنونة ابن زوجها بشهوة قبل الدخول فان المهر لا يسقط وان يتحقق منع المعقود عليه من العاقد قبل التسليم لانهما ليستا من اهل المجازاة فان المجنونة او الصغيرة اذا قتلت اباهما لا تحرم عن الارث ولا تجب الكفارة لانهما يجبان جزاء بخلاف المولى فانه من اهل المجازاة حتى قالوا لو كان القاتل صبيا يجب ان لا يسقط المهر عند ابي حنيفة رحمه الله فان قيل اليس ان الصغيرة العاقلة اذا ارتدت تجازى بسقوط المهر ان كان قبل الدخول فقد جعلت الصغيرة من اهل المجازاة قلنا انما لا تجازى على افعال لا تكون محظورة في حقها والردة محظورة من الصبية العاقلة بدليل انها تحرم عن الميراث بسبب الردة وتستتاب بالحبس ولان القتل يحل في بعض المواضع والردة لا تحل في موضع ما فلا يلزم من حظر الردة حظرا لقتل في حقها.

قوله كما اذا ارتدت الحرة اذا ارتدت قبل الدخول بها يسقط المهر رواية واحدة والامة اذا ارتدت او قبلت ابن زوجها فقد ذكر في الفوائد الاروائية فيه من اصحابنا رحمهم الله ان المهر يسقط ام لا من المشايخ من قال لا يسقط لان المنع ما جاء من قبل من له الحق وهو المولى

(كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق)

فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبه لانهما التحقا بالا حرار
تصرفا فيشترط رضاهما .

قال ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة
رحمة الله وقال عليه المهر لمولواها اعتبارا بموتها حنف انهما وهذا لان المقتول ميت
باجله فصار كما اذا قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجوزى بمنع المبدل

قوله فيملكه اعتبارا بالامة فان في الامة انما ينعقد عقد المولى عليها بملك رقبته لا يملكه
ما يملك بالنكاح فان ولاية التزويج لا تستدعي ملك ما يملك بالنكاح طردا وعكسا
الا ترى ان الولي تزوج الصغيرة ولا يملك ما يملك عليها بالنكاح والزوج لا تزوج
امرأته وهو مالك عليها ما يملك بالنكاح وهذا موجود في جانب العبد وما قاله انه
غير مملوك للمولى عليه ناسد لان العبد لا يستبد بالنكاح بالاتفاق وما لا يملكه
المولى من عبده فالعبد فيه مبقى على اصل الحرية فيستبد به وان كان فيه
ضرر المولى كالاقرار بالقصاص وايقاع الطلاق على زوجته واماعدم ملك طلاق امرأة
عبده لما ان ازالة الحل لمن وقع له الحل فالحل واقع للعبد فكان الرفع له ايضا
قوله وهذا لان المقتول ميت باجله اذ الموت عبارة عن انتهاء ايام الحيوة وبالقتل تنهي
ايام حيوته ولهذا لو قال لعبده فان مت فانت حر فقتل عتق وانما اعتبر القتل قطعاً
للحيوة في حق القاتل اذ الزمه ضمان من دية او قصاص اذ الضمان يختص بالعقل لقتل
ولم يتعلق بقتل المولى امته ضمان فاعتبر في حقه موتاً لا قطعاً للحيوة فهو لا يمنع وجوب المهر
كما لو قتلها اجنبي وكما لو قتلت الحرة نفسها وقتل السيد زوجها وقتلت الامة نفسها
قوله ولما انه منع المبدل الى قوله والقتل في حق احكام الدنيا جعل اتلا فيريد به اذ الزم
القاتل حكم من احكام القتل في الدنيا وان كان موتا عند الله تعالى وقد ثبت حكم القتل

واذا تزوج امته فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعن ابي يوسف ومحمد رحمه الله تعالى ان الاذن اليها لان الوطى حقها حتى تثبت لها وللاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرية بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاها وبهذا فارق الحرية وان تزوجت باذن مولاهم اتمعت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله عليه الصلوة والسلام لبريرة حين اعنتت ملكت بضعت فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين

قوله فالاذن في العزل الى المولى اعلم ان العزل جائز في الجملة لما روي ان النبي عليه السلام قال اعزلوهن ولا تعزلوهن ان الله تعالى اذا اراد خلق نسمة فهو خالقها خير بين العزل وتركه ندل انه مباح لانه ليس في العزل الا الامتناع عن اكتساب سبب الولد وانه جائز كوطى الحامل وقال بعض الناس لا يجوز العزل لانه عليه السلام سئل عنه فقال تلك المؤدة الصغرى وعلى هذا الخلاف اذا وجدت الامة زوجها عينا وفي كراهة الفتاوى ان خاف من الولد السوء يسعه ان يعزل عنها وان كانت حرة لسوء الزمان وكذا لو علمت لاسقاط الولد لا ياتم ما لم يستبين شيء من خلقه وانما يستبين خلقه في مائة وعشرين يوما **قوله** وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى لان الامة لاحق لها في قضاء الشهوة لان النكاح لم يشرع حقها ابتداء وبقاء فانها لا تتمكن من مطالبة سيدها بالتزوج وانما كانت الكراهة للولد والحق في الولد للمولى لالها فيشترط رضاها لارضائها ولهذا فارق الحرية فان الولد حقها **قوله** فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا اي من غير قيد بان يكون الزوج حرا او عبدا فينتظم الفصلين •

والجامع ما بيناه ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفسها بخلاف قتل المولى امتد لانه يعتبر في احكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه

حتى يجازى بمنع المبدل ومنهم من يقول يسقط لان المهر يجب لها ثم ينتقل الى مولاها اذا فرغ من حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف المهر الى دينها * **قوله** والجامع ما بيناه وهو قوله انه منع المبدل **قوله** ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا حتى يغسل ويصلى عليه فشابه موتها حتف انفسها وهذا لان قتلها نفسها كموتها حتف انفسها اذ لا يمكن اضافة قتلها اليها حقيقة لان تمام القتل بالموت ولا يتم الا عند سقوط اهلية الفعل فلا يصح تحقيق الفعل منها ولهذا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى انها تغسل وتصلى عليها وانما ينسب القتل اليها مجازا وكذا حكمه لانه لم يثبت عليها شيء من احكام القتل فبقي موتا حقيقة وحكما وتقويت المعقود عليه يتحقق بعد الموت وبعده لم يبق اهلا للفعل اصلا فلا يضاف التقويت اليها والمولى اهل للفعل فيضاف اليه ولان قتل الحرة نفسها لو اعتبر تقويتا انما يعتبر تقويتا بعد الموت وبالموت ينتقل المهر الى الورثة فلا يسقط بتقويتها اما في الامة مهرها ملك المولى فكان فعله بابطال المبدل ابطالا لحق نفسه وهو يملك ابطال حق نفسه هذا كمن قال لغيره اقتل عبيدي فقتله لا تجب القيمة على القاتل والحر اذا قال لرجل اقتلني فقتله كان عليه دية ولا يصح اذنه في ابطال حق الورثة كذلك ههنا فان قيل هذا يشكل بالحررة اذا قتلها وارثها فانه لا يسقط المهر ايضا فلنا انما لا يسقط المهر لان الوارث صار محروما عن الميراث فلم يصرمبطلا حق نفسه في المهر فكذلك لم يبطل المهر بابطال حقه في المهر

فان كانت تزوجت بغير اذن على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم
اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى

لا يجوز النكاح المباشر دون الاجازة ومنها ان الصغيرة اذا كان لها وليان احدهما اقرب
والآخر بعد فزوجها الا بعد حال قيام الاقرب فان مات الاقرب او غاب غيبة منقطعة
حتى تحولت الولاية الى الابد لا يجوز الا باجازة مستأنفة ومنها ان المولى اذا زوج مكاتبته
الصغيرة من انسان توقف النكاح على اجازتها فان اذنت وعقت لا يجوز ذلك النكاح
الا باجازة مستقبله قلنا اما الجواب عن الاول فان الاذن فك الحرج من التصرف
ولو جاز النكاح المباشر لاذن لا يقع الاذن فك فيمتنع وقضية هذا ان لا يجوز
باجازة مستقبله قياسا الا ناستحسننا وقلنا بالجواز عند الاجازة لقيام الاجازة مقام النكاح
كما في نكاح الفضولي وهكذا نقول في الوكيل واما الجواب عن الثالث فان الابدح
باشرة لم يكن وليا ومن لم يكن اليه الولاية في شيء لا يتأتى في عواقبه بل يتأتى في ذلك
اتكالا على رأي الاقرب فلم يكن النكاح على الوجه الاصلح فيجب توقيفه على اجازته
بعد صيرورته وليا تمكينه من اكتساب اصلح النكاحين وبهذا الحرف يقع الانفصال
عن النقض الرابع كذا في الفوائد الظهيرية •

قوله فان كانت تزوجت بغير اذن مولاها على الف ومهر مثلها مائة فدخل
بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى فان قيل
ينبغي ان يجب مهران مهرا لمثل بالدخول قبل نفاذ النكاح بناء على العقد
الموقوف ومهرا لنكاح وهو المسمى كمن قال لا جنبية ان تزوجتك فانت
طالق فتزوجها ودخل بها طلقت وعليه نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول بحكم
العقد ومهر بالدخول بعد الطلاق قلنا القياس كذلك ولكننا استحسننا ووجبنا مهرا واحدا

والشافعي رحمه الله يخالفنا فيما اذا كان زوجها حراً وهو محجوج به ولأنه يزداد الملك عليها عندا لعنق فيملك الزوج بعده ثلث تطليقات فتملك رفع اصل العقد دفعاً للزيادة وكذلك المكاتبه يعني اذا تزوجت باذن مولاهما ثم عنت وقال زفر رحمه الله تعالى عليه لا خيار لها لان العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار بخلاف الامة لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان العلة ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبه لان عدتها قرآن وطلاقها ثنتان وان تزوجت امة بغير اذن مولاهما ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لان النفوذ بعد العنق فلا يتحقق زيادة الملك كما اذا تزوجت نفسها بعد العنق

قوله والشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا فيما اذا كان زوجها حراً وهو محجوج به اي بتعليل النبي عليه السلام يملك البضع وعنده علة ثبوت الخيار ملك البضع وعدم الكفاءة وهما لا يوجدان فيما اذا كان زوجها حراً **قوله** ولانه يزداد الملك عليها عند العنق هذا لا يلزم الشافعي رحمه الله لان الطلاق عنده معتبر بالرجال فلم يزداد الملك **قوله** وان تزوجت امة بغير اذن مولاهما الحكم في العبد كذلك وتخصيص الامة لبناء مسئلة لمهر عليها **قوله** ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة فان قيل يشكل هذا بالشراء فان الامة اذا اشترت ثم اعتقها لمولى فان الشراء يبطل قلنا انما كان كذلك لان الشراء انعقد موجبا للملك للمولى حين اشترت فلو نفذ بعد عنتها كان موجبا للملك لها فيتغير حكم من له الحق واما ههنا فان عقد العقد موجبا للحل لها ابتداء وانتهاء **قوله** وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال فان قيل يرد على هذا الاصل نقوض منها ان العبد اذا تزوج بغير اذن مولاه ثم اذن له المولى في النكاح لا يجوز النكاح المبشردون الاجازة ومنها ان الفضولي اذا زوج رجلاً امرأة ثم وكله الزوج بالنكاح

ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاء شرطه اذ المصحح حقيقة الملك اوحقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فيتبين ان الوطى يلاقي ملكه فلا يلزمه العقرو قال زفر والشافعي رحمهما الله يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاء كفي الجارية المشتركة وحكم الشيء يعقبه والمسئلة معروفة.

قال ولو كان الابن زوجها اباه فولدت لم تصرام ولده ولا قيمة عليه وعليه المهر وولد هاجر لانه صح التزوج عندنا خلا للشافعي رحمه الله لخلوها عن ملك الاب الا ترى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان يملكها لاب من وجه وكذا يملك من التصرفات

قوله ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاء شرطه وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاء ولا يلزم على هذا اذا كانت مشتركة بين الاب والابن وولدت ولدا فادعاه الاب يثبت النسب ويجب العقرا جماعا لان ملك البعض يكفي لصحة الاستيلاء فلا ضرورة في تقديم الملك شرطه فيثبت الملك في نصيب الابن حكما للاستيلاء فيجب العقرو ولا يلزم ايضا ما اذا وطى الاب جارية الابن وطئا غير معلق يجب العقرو لان اثبات الملك بصفة التقديم كان اصابة فعله عن الحرمة وصيانة الولد من الرق وهذا المجموع لا يأتى ههنا ولا يلزم ايضا ما اذا استولد جارية ابنه ثم قذفه انسان لا يحد ولو كان الملك ثابتا بوصف التقدم لوجب الحد على قذفه لان الملك بوصف التقدم مجتهد فيه فيكون الوطى حراما عند البعض فيمكن فيه شبهة الزنا وباشبهة تدرك الحدود **قوله** فمن المحال ان يملكها الاب من وجه لانه اذا ثبت للاب من وجه لا يثبت لابن من ذلك الوجه فدل ان وطى الاب جارية ابنه حرام وقال ابن ابي ليلى لابس للرجل ان يطأ جارية ابنه اذا احتاج اليه وهو مذهب انس بن مالك رضي الله عنه ولكن الصحيح قول الجمهور وذكر الامام

وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر
 الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد نصحت التسمية ووجب
 المسمى ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطى في نكاح موقوف لان العقد قد اتحد
 باستناد النفاذ فلا يوجب الامهر واحدا **قال** ومن وطى أمة ابنة فولدت منه فهي
 أم ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب ووجهه ان له ولاية تملك
 مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك جاريته للحاجة الى صيانة المأوى غير ان الحاجة
 الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه فلم هذا يتملك التجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة

وهو المسمى وقت العقد لان العقد استند جوازه الى الاصل فصار ذلك العقد الموجود عاملا
 من الابتداء كان الاذن كان مقترنا به فيجب مهر واحد وهذا لانه لو وجب المهر بالدخول
 لوجب بحكم العقد اذ لولاه لوجب التحد فكان المهر واجبا بالدخول مضافا الى العقد
 فايجاب مهر آخر بالعقد جمع بين المهرين بعقد واحد وانه ممتنع فان قالوا حكم النفاذ
 لا يظهر في المستوفى لانه معدوم والاستنادا نما يظهر في الموجود لا في المعدوم فلنا بل يظهر
 هنا لان المستوفى له حكم الاعيان عندنا او يقال اظهرنا حكم الاذن في البضع وهو موجود
 وما ورد الاستيفاء الا في بضع واحد فيجب عليه بدل واحد *

قوله وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها فان قيل ينبغي
 ان يجب المهر اميد الاستناد الجواز الى الاصل كما لو تزوجت باذن المولى ولم يدخل
 بها حتى اعتقها فلنا حكم الاستناد يظهر فيما لا يختلف مسنقه وهذا يختلف لان المستحق
 زمان الثبوت الامتوزمان العقد السيد واذا كان المستحق زمان الثبوت الامتوزمان المستحق
 هذا الاستحقاق الى زمان العقد لانه لو استند هذا الاستحقاق الى زمان العقد يبطل
 هذا الاستحقاق زمان الثبوت فيبطل الاستناد من حيث ثبت *

كما اذا اسكان عليه كفارة الظهار فامر غيره ان يطعم عنه ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسئلة الفقير ينوب عن الامر في القبض

النكاح به لانه يتعلق به حق غيره زمان الثبوت وماله لا يفسد النكاح وفيما نحن فيه لم يتعلق به حق غيره فيفسد به النكاح فان قيل اليس انه لو قال لعبد كفر يمينك با مال فانه لا يعتق ولا يتمكن من التكفير با مال الا بالعتق فكان ينبغي ان يثبت العتق اقتضاء قلنا الحرية لا تصلح ان تثبت اقتضاء لان الثابت اقتضاء ثابت تبعا وبالحرية يصير اهلا للتكفير با مال فكانت اصلا لا تبعا فلا تثبت اقتضاء الا ترى ان الكفار لم يخاطبوا بالشرائع لانها لا تعتبر بلا ايمان ولا تثبت اقتضاء لانه تثبت اهلية ادائها فلا تثبت وعلى هذا يخرج قوله تزوج اربعا فان قيل ينبغي ان لا يفسد النكاح لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة في ثبوت العتق عن الامر لا في فساد النكاح قلنا الشئ اذا ثبت ثبت بلوازمه وضروراته اذ لو لم تثبت لوازمه لاستحال ثبوته لان عدم اللازم يدل على عدم الملزوم ومن لوازم ثبوت المملك العاري عن تعلق حق الغير به فساد النكاح فيفسد فان قيل اذا صرح بالمقتضى وهو التملك لا يصح العتق عن الامر بل يقع عن المأمور ذكره في التقويم فلا يكون مقتضاة اقوى من التصريح قلنا كم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الاجنة في ارحام الامهات فانه يثبت ضمنا وان كان لا يثبت قصدا وكذلك الحكم في جنين الاصحية والجندي يصير مقيما باقامة السلطان في المصر وان كان الجندي في المفازة *

قوله كما اذا اسكان عليه كفارة الظهار فامر غيره ان يطعم عنه بان قال لا اخرج اطعم عني عن كفارة يميني عشرة مساكين فا طعم عنه تسقط عنه الكفارة ويصير ذلك ترضاعا على الامر فقد سقط القبض وان كان لا يثبت المملك للمستقرض قبل القبض **قوله** ولهما ان الهبة من شرطها القبض ولا يمكن اسقاطه لانه انما يسقط تبعا ما يحتمل

مالا يبقى معها ملك الأب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة فاذا جاز النكاح صار ماؤه مصوناته فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير ام ولد له ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكهما وعليه المهر لا لتزامه بالنكاح وولدها حر لانه ملكه اخوه فعنق عليه بالقرابة .

قال واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني باللف نفعل ففسد النكاح وقال زفر رحمة الله تعالى لا يفسد واصله انه يقع العتق عن الامر عندنا حتى يكون الولاء له ولونوى به الكفارة يخرج من عهدتها وعندة يقع عن المأ مور لانه طلب ان يعتق المأ مور عبده عنه وهذا محال لانه لا يعتق فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور ولنا انه امكن تصحيحة بتقدير المملك بطريق الاقتضاء اذا الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب التملك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الامر عنه وقوله اعتقت تملكاً منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للأم ففسد النكاح للتناهي بين المملكين ولو قالت اعتقه عني ولم تسم ما لا لم يفسد النكاح ولو لا علم المعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابو يوسف رحمته الله تعالى هذا الاول سواء لانه يقدم التملك بغير عوض تصحيحاً لتصرفه ويسقط اعتبار القبض

التدريسي رحمه الله هذا اذا كان الأب محرراً مسلماً وأما اذا كان عبداً أو مكاتباً أو كافراً لم يجز دعوته لعدم الولاية والتجديداً لا ب عند عدم الأب وأما اب الأم فلا لانه لا ولاية له بحال .
قوله مالا يبقى معها ملك الأب لو كان كالبيع والهبة **قوله** واذا ثبت الملك للأم ففسد النكاح فإن قيل ينبغي ان لا يبطل النكاح لان الملك هنا كما يثبت يزول حكماً لا عتاق فلم يكن منقراً فلا يبطل به النكاح كما لو قيل اذا اشترى منكوحته قلنا الملك يثبت للموكل ابتداء في الصحيح من المذهب ولئن ثبت للوكيل ثم ينتقل عنه كما زعم البعض فانما لا يفسد النكاح

بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقاً للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده واذ اصح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطاً فيها وكذا العدة لاتنافيها كالمكوحه اذا وطئت بشبهة فان تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لاتنافية ثم بالاسلام احدهما يفرق بينهما وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده خلا فالحما والفرق ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده اما اعتقاد المصربا ككفر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهمما كتحكيمهما ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كما فرق ولا مرتدة لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كما فرلا انها محبوسة للتأمل

فيما بينهما عندهما ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح كما او اعترضت في نكاح المسلمين برضاع او مصاهرة يبطل النكاح وقوله في الصحيح احتراز عن قول مشايخ العراق فانهم قالوا له حكم الفساد اجماعا وقال مشايخنا له حكم الجواز واتفقوا على قول ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجري الارث ويقضى بالنفقة ولا يسقط احصائه متى دخل بها واتفقوا على قوله ايضا انه لو تزوج اختين في عقد واحد ثم فارق احد بهما قبل الاسلام ثم اسلم ان الباقية بكاهما على الصحة حتى يقران عليه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا النكاح باطل في حقهم ولا ينعرض لهم بعقد الذمة لان الخطاب بحرمة هذه الانكحة شائعة في ديارنا وهم من اهل ديارنا ثبت الخطاب في حقهم لانه ليس في وسع المبلغ التبليغ الى الكل وانما في وسعه جعل

(كتاب النكاح ... باب نكاح اهل الشرك)

اما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه والله تعالى اعلم بالصواب •

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافرو ذلك في دينهم جائز ثم اسما اقراعليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال زفر رحمه الله النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام او المرافعة الى الاحكام وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة رحمه الله وفي الوجه الثاني كما قال زفر رحمه الله له ان الخطابات عامة على ما مر من قبل فتلزمهم وانما لا يتعرض لهم لزمهم امر ارضا لا تقرير ا فاذا تراءفوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق بينهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ولا بى حنيفة رحمه الله ان الحرمة لا يدكن اثباتها حنا للشرع لانهم لا يخاطبون

السقوط والقبض في الهبة لا يحتمل السقوط بحال فلا يعمل فيه دليل السقوط وهو التبعية والركن في البيع يحتمل السقوط كما في بيع التعاضى فان قيل اليس انه لو قال لآخر ائتق عبدك عني بالف درهم ورطل من خمر انه يصح ويعتق عنه وان لم يوجد القبض والبيع الفاسد كالهبة في اشتراط القبض فلنا قد ذكر الكرخي رحمه الله ان العتق يقع عن المأمور بها على قولهما والمذكور قول ابي يوسف رحمه الله ولئن سلم فالبيع الفاسد مشروع كما صحح فاحتمل ان يسقط القبض عنه فيصح اسقاطه اقتضاء لان الفاسد يلحق بالجائز ويتعرف منه حكمه **قوله** اما العبد فلا يقع في يده شيء لان الاعتاق اتلاف للملك والله اعلم بالصواب •

باب نكاح اهل الشرك

قوله واذا تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان

فان كان احد الزوجين مسلماً فالولد على دينه وكذا ان اسلم احد هما وله ولد صغير صار ولده مسلماً باسلامه لان في جعله تبعاً له نظراً له ولو كان احد هما كذاً بياً ولاخر مجوسياً فالولد كتابي لان فيه نوع نظره اذا لمجوسية شرمته والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيم واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امرأته وان ابي فرق بينهما وكان ذلك طلاقاً عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان اسلم الزوج وتحتة مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته وان ابي فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة بينهما طلاقاً وقال ابو يوسف رحمه الله لا تكون الفرقة طلاقاً في الوجهين اما العرض فمذنبنا وقال الشافعي رحمه الله لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد ضمننا بعقد الذمة ان لا يتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متأكد

كتب الى عماله ان فرقوا بين المحسوس وبين محارمهم وامنعوهم عن الزممة اذا اكلوا ولكننا نقول هذا غير مشهور وانما المشهور ما كتب به عمر بن عبد العزيز الى الحسن البصري ما بال الخلفاء الراشدين تركوا اهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمر والخنزير فكتب اليه انما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وانما انت متبع واست بمبتدع والسلام

قوله فان كان احد الزوجين مسلماً فالولد على دينه فان قيل كيف يصح هذا التعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر ابي كافر كان قلنا هذا محمول على حالة البقاء بان اسلمت المرأة ولم يعرض الاسلام على الزوج بعد فجاءت بالولد **قوله** والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه للتعارض لان المعارضة تحققت بينهما واحد هما يوجب الحل والاخر يوجب الحرمة فيرجع المحرم على الميسم حتى لا يحل ذبيحته ولا مناكحة المسلمين **قوله** ونحن بينا الترجيم وهو قوله لان فيه نوع نظره وذلك لاننا لو قلنا بانه كتابي يحل اكل ذبيحته ويجوز مناكحته **قوله** وان اسلم الزوج وتحتة مجوسية

وخدمة الزوج تشغلها عنه ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح مآشرع لعينه بل لمصالحه

الخطاب شائعا فيجعل شيوع الخطاب كالوصول اليهم الا ترى انهم لا يتوارثون بهذه النكحة ولو كانت صحيحة في حقهم لتوارثوا بها ولا يبي حنيقة رحمه الله ان الخطاب في حقهم كانه غير نازل لانهم يكذبون المبلغ ويزعمون انه ليس برسول الله ولا لاية الالتزام بالسيف او المحاجة وقد انقطعت بعقد الذمة فقصر حكم الخطاب عنهم وشيوع الخطاب انما يعتبر في حق من يعتقد رسالة المبلغ فاذا اعتقدوا ذلك بان اسلموا ثبت حكم الخطاب في حقهم بخلاف الارث فانه ثبت بالنص بخلاف القياس فيما اذا كانت الزوجة مطلقة بنكاح صحيح فيقتصر عليه ولانه ليس من ضرورة صحة النكاح التوارث فقد يمتنع التوارث باسباب كالحرق واختلاف الدين ثم اذا رفع احدهما الى القاضي وطلب حكم الاسلام لم يفرق بينهما اذا كان الآخر يابى ذلك وعندهما يفرق بينهما لان اصل النكاح كان باطلا وترك التعرض للوفاء بالعهد فاذا رفع احدهما ونقاد الحكم الاسلام فرق بينهما كما لو سلم احدهما فالسلام احدهما كما سلا مهما فكذا رفع احدهما كمرافعتهم وله ان اصل النكاح كان صحيحا ورفع احدهما الى القاضي ومطالبته بحكم الاسلام لا يكون حجة على الآخر في ابطال الاستحقاق الثابت له باعتقاده بل باعتقاده صار معارضا لاعتقاده الآخر فبقي حكم الصحة على ما كان بخلاف ما اذا اسلم احدهما لان الاسلام يعلو ولا يعلى فلا يكون اعتقاد الآخر معارضا لسلام المسلم منهما وبخلاف ما اذا ترافعا لانهما انقادا الحكم الاسلام ثبت حكم الخطاب في حقهما با نقبادهما له واليه اشار الله تعالى في قوله فان جاؤك فاحكم بينهم بما انزل الله وفي المبسوط فاما اذا تزوج الكافر ذات رحم محرم منه من ام او بنت او اخت فانه لا يتعرض لهم في ذلك وان علم القاضي ما لم يرفعوا اليه الا في قول ابي يوسف الآخر ذكره في الطلاق ان يفرق بينهما اذا علم ذلك لما روي ان عمر رضي الله عنه

لم تقع الفرفة بينهما حتى تحيض ثلث حيض ثم تبين من زوجها وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرفة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية فلا بد من الفرفة دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي رحمه الله يفصل كما مر له في دار الاسلام واذا وقعت الفرفة والمرأة حرية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وسيا تيك ان شاء الله تعالى واذا اسلم زوجه الكتابية فهما على نكاحهما لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى اولى

قوله لم تقع الفرفة بينهما حتى تحيض ثلث حيض فان لم تكن من ذوات الحيض فميتى يمضي ثلث اشهر **قوله** فاقمنا شرطها وهو مضي ثلث حيض لما ان انقضاء ثلث حيض شرط البينونة في الطلاق الرجعي فقام مقام السبب وهو تفريق القاضي عند اباء الزوج الاسلام كما في حفر البئر فانه اذا وقع فيها انسان ولم يكن اضافة الحكم الى العلة وهي ثقل الواقع لانه طبع لا تعدي فيه اضيف الى الشرط وهو احفر كذا هنا مست الحاجة الى الفرفة تخلصا للمسلمة عن ذل الكافر فاقمنا شرط البينونة في الطلاق الرجعي مقام عرض القاضي وتفريقه عند تعذرا اعتبار العلة وهذه الحيض لا تكون عدة ولهذا يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها ثم اذا وقعت الفرفة قبل الدخول بذلك فلا عدة عليها وان كان بعد الدخول بها والمرأة حرية فكذلك لان حكم الشرع لا يثبت في حقها وان كانت هي المسلمة فكذلك الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما لانه لا يوجب العدة على المسلمة من الحربي واصل المسئلة في المهاجرة فانها اذا خرجت الى دار الاسلام مسلمة او ذمية لم تلزمها العدة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه الا ان تكون حاملا وعندهما تلزمها العدة **قوله** ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها اي في اشتراط مضي ثلث حيض للفرفة **قوله** والشافعي رحمه الله

(كتاب النكاح باب نكاح اهل الشرك)

فيتأجل الى انقضاء ثلث حيض كما في الطلاق ولأن المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب تبني عليه الفرقة والإسلام طاعة لا يصلح سببها فيعرض الإسلام لتحصل المقاصد بالإسلام أو تثبت الفرقة بالآباء وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا تكون طلاقاً كما لفرقة بسبب الملك ولهما ان بالآباء امتنع عن الأمساك بالمعروف مع قدرته عليه بالإسلام فينبوب القاضي منابه في التسريح كما في الحب والغنة اما المرأة فليست باهل للطلاق فلا ينبوب منابه عند آبائها ثم اذا فرق القاضي بينهما باباها فلها المهران كان دخل بها لتأكده بالدخول وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكده فاشبه الردة والمطوعة واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافراً واسلم الحربي وتحت مجوسية

قيد بالمجوسية هنا واطلق في جانب الزوج حيث قال واذا اسلمت المرأة وزوجها كافراً لان النكاح لا يبقى مع كفر الزوج بالآباء عند اسلام المرأة اي كفر كان واما كفر المرأة عند اسلام الزوج فانما يوجب التفريق اذا لم يجز ابتداء النكاح مع ذلك الكفر كما في المجوسية واما اذا كانت كتابية يبقى النكاح بينهما كما يجوز ابتداءه وان ابت فرق القاضي بينهما فان لم تسلم المرأة حتى مات الزوج كان لها المهر كاملاً دخل بها ولم يدخل لان النكاح منته بالموت حيث لم يفرق القاضي بينهما فيتقرر به جميع المهر كذا في المبسوط .

قوله فيتأجل الى انقضاء ثلث حيض كما في الطلاق العدة عند الشافعي رحمه الله في الطلاق بالاطهار فكان ينبغي ان يقول الى انقضاء ثلثة اطهار لانه قال كما في الطلاق والعدة في الطلاق عند الاطهار **قوله** كما في الطلاق فان نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعد الدخول لا يرفع الا بعد انقضاء العدة **قوله** ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان على معنى انه يتحقق من كل واحد منهما وهو الآباء والردة ومثل هذه الفرقة تكون بغير طلاق كالفرقة الواقعة بالمحرمة وملك احد الزوجين صاحبه

ولهذا يسقط الدين من ذمة المسيحي ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما لا تنتظم المصالح
فشابه المحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي في النكاح ابتداء فكذلك بقاء فصار كالشراء
ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستأمن لم يتباين
الدار حكما لقصد الرجوع

قوله ولهذا يسقط الدين من ذمة المسيحي يعني ان الحربي اذا سبي وعليه دين
لا يربط بالسبي وهذا لان السبي سبب ملك ما يحتدل التملك وملك
النكاح محتمل للتملك فيصير مملوكا للمسيحي لانه لو امتنع ثبوت الملك انما يمنع
الحق الزوج وهو ليس بحق محترم ولهذا قلنا لو كانت المسيبة منكوبة لمسلم او ذمي
لا يبطل النكاح لان ملك النكاح محترم واحتج هو ايضا بقوله تعالى والمحصنات من
النساء الا ما ملكت ايما نكحت ايما نكحت ايما نكحت ايما نكحت ايما نكحت
محللة لكم وانما نزلت الآية في سبايا اوطاس وانما سبي ازواجهن معهن وحجتن في ذلك
ان مع تباين الدارين لا تنتظم المصالح والنكاح شرع لمصلحة لا لعينه فلا يبقى عند عدمها
كالمحرمية اذا عترضت على النكاح لا يبقى معها لغوات انتظام المصالح كذا هنا وهذا
لان الذي بقي في دارهم في حكم الميت في حق اهل دارنا الا ترى ان المرتد اللاحق
بدار الحرب جعل كالميت في حق تسمية المال بين ورثته وعقب مدبرته وامهات اولاده
والنكاح لا يبقى بين الحي والميت بخلاف المستأمن منهم لان تباين الدارين حكما
لم يوجد لتمكنه من الرجوع والمسلم المستأمن من اهل دارنا حكما والسبي سبب ملك
الرقبة مالا فلا يكون مبطالا للنكاح كالشرى لان المملوك بالنكاح ليس بمال فلا يثبت
فيه التملك بالسبي مقصود الان تملك البضع مقصود بسببه فيختص بشرطه وهو الشهود
وذا لا يوجد في السبي وانما يثبت الملك هنا تبعاً لملك الرقبة عند فراغ المحلل عن حق

قال واذا خرج احد الزوجين اليما من دار الحرب مسلماً وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي رحمه الله لا تقع ولو سبي احد الزوجين وقعت البينونة بينهما بغير طلاق وان سبى امها لم يقع البينونة وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه وقعت فالحاصل ان السبب هو التباين دون السبي عندنا وهو يقول بعكسه له ان التباين اثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالْحَرْبِي الْمُسْتَأْمَنُ وَالْمُسْلِمُ الْمُسْتَأْمَنُ اَمَّا السَّبِيُّ يَقْتَضِي الصَّفَاءَ لِلْسَّابِي وَلَا يَنْتَحِقُ إِلَّا بِانْقِطَاعِ النِّكَاحِ •

يفصل كما مر له في دار الاسلام هو يقول ان كان قبل الدخول وقعت الفرقة باسلام احدهما في الحال وان كان بعد الدخول يتوقف على مضي ثلاثة قرو فَعِنْدَهُ لَا يَخْتَلِفُ الْحُكْمُ بَدَارِ الْحَرْبِ وَدَارِ الْإِسْلَامِ وَلَكِنَّهُ بَنِي الْحُكْمِ عَلَى تَأْكِدِ النِّكَاحِ بِالْدُخُولِ وَعَدَمِ تَأْكِدِهِ •

قوله واذا خرج احد الزوجين اليما من دار الحرب مسلماً وقعت البينونة بينهما خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى عليه والخلاف فيما اذا خرج احد الزوجين مسلماً غير مراغم وما اذا خرجت المرأة مراغمة مسلمة وقعت الفرقة بالاتفاق عندنا لتباين الدارين وعنده للقصد الى المراغمة والاستيلاء على حق الزوج وما اذا خرجت غير مراغمة لزوجها او خرج الزوج مسلماً او ذمياً تقع الفرقة لتباين الدارين عندنا ولا تقع عند الشافعي رحمه الله تعالى عليه كذا في المبسوط **قوله** له ان التباين اثره في انقطاع الولاية المراد بانقطاع الولاية سقوط ما لكيمته عن نفسه وعن ماله **قوله** كالْحَرْبِي الْمُسْتَأْمَنُ وَالْمُسْلِمُ الْمُسْتَأْمَنُ يعني ان الْحَرْبِي اذا دخل دارنا بامان او دخل المسلم دار الحرب بامان لا تثبت الفرقة وان كان تباين الدارين موجوداً فعلم ان التباين ليس بسبب للفرقة •

لان الفرة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام ولا يبي حنيفه رحمه الله انها اثر النكاح المتقدم وجبت اظهار الخطرة ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب العدة على المسبية وان كانت حاملا لم تنزوج حتى تضع حملها وعندابي حنيفه رحمه الله انه يصح النكاح ولا يقرب بها زوجها حتى تضع حملها كما في الحبلى من الزنا وجه الاول انه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا

قال واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرة بغير طلاق وهذا عندابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق

قوله لان الفرة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام وانما قيد به احترازا عما لو طلقها الحربي ثلثا في داره ثمها جرت فانه لا عدة عليها بالاجماع **قوله** ولا خطر لملك الحربي فان قيل لو خرجت حاملا عمدت بالاجماع ولو لم يكن ملكه خطرا وجبت العدة في صورة الحمل قلنا هناك لا تعد ولكنها لا تنزوج لان في بطنها ولد اثابت النسب وهذا كما قيل ان فراش ام الولد لا يمنع النزويج ولو كان في بطنها ولد لم يجز **قوله** واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرة بغير طلاق اي في الحال قبل الدخول وبعده وقال الشافعي رحمه الله لا يقع بعد الدخول حتى تنقضي الاقراء كما قال في اسلام احد الزوجين وقال ابن ابي ليلى لا تقع الفرة برودة احد هما قبل الدخول وبعده حتى يستتاب المرتد فان تاب فهي امرأته وان مات او قتل على ردة ورثته وجعل هذا قياس اسلام احد الزوجين ولكننا نقول الردة تنا في النكاح واعتراض السبب الما في النكاح موجب للفرقة بنفسه كما لمحرمية واما اختلاف الدين فعينه لا ينافي النكاح حتى يجوز ابتداء النكاح بين المسلم والكتابية وكذلك الاسلام لا ينافي النكاح فان النكاح نعمة وبالا سلام يصبر النعم محروزة له فلذلك لا تقع الفرة هناك الاقبضاء القاضي كذا في المبسوط وذكر في

واذا خرجت المرأة البنا مهاجرة جازان يتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة ر.ح وقالوا عليها عدة

الغير واذا كان المحل مشغولا يمتنع الملك فيه لفوات الشرط وهو ان لا يكون حق الزوج مانعا وخروج الجواب عن قوله انه يوجب الصفاء لان الصفاء ثابت من الوجه الذي يعمل السبي فيه وهو ملك المال الا ترى ان ما لك النكاح لو كان محترما لا تبطل النكاح مع تقررا لسبي ولا صفاء ولو كان السبي منافيا للنكاح لما بقي النكاح لان المنافي اذا تقرر فالمحترم وغير المحترم فيه سواء كما تقرر بالمحرمة فاما الدين فان كان الدين على عبد فسبي لم يسقط وان كان على حر فسبي يسقط لانه لما صار عبدا والدين لا يجب على العبد الا شاعلا مالية رقبته فلا يمكن ابقاؤه الا بتلك الصفة وقد تعذر ابقاؤه بتلك الصفة بعد السبي فان قيل يجوز ان يكون الدين في ذمته بلاتعلق برقبته كما لعبد يقربدين قلنا لا يجوز ذلك اي لا يجوز ان يثبت الدين في ذمته ولا يكون شاعلا لرقبته وانما لا يطالب اذا اقر لانه غير ثابت في حق المولى لان اقراره ليس بحجة عليه حتى اذا ثبت بالاستهلاك معاينة بيع فيه وفي قوله حكما جواب عن قوله كما احربي المستأمن والمسلم المستأمن لان الحربي المستأمن وان كان في دار الاسلام حقيقة ولكن هو في دار الحرب حكما لانه على نية الرجوع وكذلك في المسلم المستأمن حتى لو انقطعت نية الرجوع كان حكم التباين ثابتا في حقه فانه ذكر في المبسوط ويستوي في وقوع الفرقة بتباين الدارين ان خرج احدهما مسلما او ذميا او خرج مهتأ من اثم اسلم او صار ذميا لانه صار من اهل دارنا حقيقة وحكما والآية دليلنا فان الله تعالى حرم ذوات الازواج مما لم يثبت انقطاع الزوجية بينهما كانت محرمة على السابي بهذا النص كذا في المبسوط .

قوله واذا خرجت المرأة البنا مهاجرة بان خرجت مسلمة او ذمية على نية

ان لا ترجع الى ماها جرت منه ابداء .

والارتداد منهم واقع معالجهالة التاريخ ولو اسلم احد هما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لا صرار الاخر على الردة لانه مناف كما بتدائها والله اعلم بالصواب *

فما فائدة قوله ولا نفقة اذا المسلمة اذا كانت غير مدخولة ووقعت الفرقة لا تجب النفقة على زوجها قلنا قوله ولا نفقة راجع الى ما ذكر قبيله وان كانت هي المرتدة فلها كل المهران دخل بهما ولكن لا نفقة لهما لان الفرقة من قبلها *

قوله والارتداد منهم واقع معالجهالة التاريخ جواب لسؤال وهو ما ذكره فخر الاسلام رحمه الله في مبسوطه فان قيل ان ارتدادهم ما كان جملة بالاجماع فكيف يستقيم التعلق به قلنا عند جهالة التاريخ بالتقدم والتأخر يجعل في الحكم كأنه وجد جملة ولان ردتهم كانت لمنع الزكوة على اعتقاد انها ليست بواجبة والمنع كان قائما بالمنعة جملة فصارت بمنزلة فعل واحد فلا يوصف بالتقدم والتأخر وفي المبسوط والمعنى فيه انه لم يختلف لهما دين ولاد اربقي ما كان بينهما على ما كان والنفقة فيه ان وقوع الفرقة عند ردة احد هما لظهور خبثه عند المقابلة بطيب المسلم فاذا ارتد معا لا يظهر هذا الخبث بالمقابلة لانه يقابل الخبث بالخبث واعتبار البقاء لا ابتداء فاسد فان عدة الغير تمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء فان اسلم احدهما وقعت الفرقة بينهما باصرار الآخر على الردة لظهور خبثه الا ان عند المقابلة بطيب الاخر حتى ان كانت المرأة هي التي اسلمت قبل الدخول فلها نصف الصداق وان كان الزوج هو الذي اسلم فلا شيء لهما لان الفرقة من جانب من اصر على الردة فان اصراره بعد اسلام الآخر كانشاء الردة والله تعالى اعلم بالصواب •

(كتاب النكاح ... باب نكاح اهل الشرك)

وهو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه وابو يوسف رحمه الله مر على ما اصلناه له في الاباء
 وابو حنيفة رحمه الله فرق بينهما ووجهه ان الردة منافية للنكاح اكونها منافية للعصمة
 والطلاق رافع له فتعذر ان يجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف
 فيجب التسريع بالاحسان على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف بالردة
 ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل بها
 وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها
 ولا نفقة لان الفرقة من قبلها .

قال واذا ارتد امعائتم اسلمنا معافهما على نكاحهما استحسننا وقال زفر رحمه الله
 يبطل لان الردة احدهما منافية وفي ردتهما رد احدهما ولنا ما روي ان بني حنيفة
 ارتدوا ثم اسلموا ولم يأمرهم الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين بتجدد ابدال نكحة

المحيط اذا ارتد احد الزوجين وقعت الفرقة بينهما في الحال هذا جواب ظاهر الرواية
 واما بعض مشايخ بلخ وبعض مشايخ سمرقند كما نوايقتون بعد م الفرقة با رتداد المرأة حسما
 لباب المعصية وعامتهم على انه تقع الفرقة لانها تجبر على الاسلام والنكاح مع زوجها
 الاول لان الحسم يحصل بالجبر على النكاح مع الاول ومشايخ بخارا كما نوا على هذا .
قوله وهو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه وهو الامتناع عن الامساك بالمعروف **قوله** وابو يوسف
 رحمه الله ما اصلناه له وهو ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان وابو حنيفة رحمه الله
 فرق ووجهه ان الردة منافية لان الفرقة بالردة المتنافي لانها تنافي النكاح لبطلان
 اهليته او محليته او لبطلان العصمة عن نفسه واملاكه وبزوال عصمة املاكه يزول النكاح
 لانه منها اولانها موت حكما لما مر والمنافي لا يصلح مستفاد ابا ملك فلا يكون طلاقا
 لانه يستفاد به **قوله** وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة فان قيل فوله ولا مهر مستقيم

قال ولا حق لهن في القسم حالة السفر في سفر الزوج بمن شاء منهن والا ولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي رحمه الله تعالى القرعة مستحقة لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا اراد سفر اقرع بين نسائه الا ان يقول ان القرعة لتطيب قلوبهن فكان من باب الاستحباب وهذا لانه لاحق للمرأة عند مسافرة الزوج الا ترى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذلك ان يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبها جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها ويجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا

قد الفت صحبته والجديدة لا يفضلها بزيادة الصحبة وللبكر زيادة نفرة عن الرجال فيفضلها بسبع ليال ولنا اطلاق ما تلونا وروينا لان القسمة من حقوق النكاح وقد ثبت الاستواء في ذلك والقديمة اولى بالفضل لان الوحشة في جانبها اكثر حيث ادخل عليها من يغيظها ولان المقديمة زيادة حرمة باخذمة والواجب عليه العدل في القسمة فان عاد للجور بعد ما نهاه القاضي او جعه عقوبة وامره بالعدل لانه اذا ساء الادب فيما منع وارتكب ما هو حرام عليه وهو الجور فيعزر في ذلك وامر بالعدل هذا اذا كانت له امرأتان اما اذا كانت له امرأة واحدة يؤمر الزوج بان يراعي قلبها ويبيت معها احيانا من غير ان يكون في ذلك شيء موقت في ظاهرها رواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله اذا كان الرجل امرأة واحدة فاشتغل عنها بالصيام والقيام او بصحبة الاماء فخا صمته في ذلك فضى القاضي لها بليلة من كل اربع ليال لحديث كعب بن سور وهو ان امرأة جاءت الى عمر رضي الله عنه فقالت ان زوجي يصوم بالنهار ويقوم بالليل قال نعم الرجل زوجك فاعادت كلاهما مرارا في كل ذلك يحجبها عمر بها فقال كعب

باب القسم

وإذا كان لرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا أو ثيبتين أو كانت احدهما بكرا والاخرى ثيبا لقوله صلى الله عليه وسلم من كانت له امرأتان ومال إلى احدهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل وعن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة ولا فصل فيما رويانا والقديمة والجديدة سواء لا طلاق ما رويانا لان القسم من حقوق النكاح ولا تغاوت بينهما في ذلك والاختيار في مقدار الدور إلى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقها والتسوية المستحقة في البيتونة لا في المجامعة لانها تبني على النشاط وان كانت احدهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثروان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق والملكاتبة والمديرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم *

باب القسم

قوله وإذا كان لرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما في القسم اعلم ان الزوج ما مور بالعدل في القسمة بين النساء بالكتاب قال الله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل معناه لم تستطيعوا العدل والتسوية في المحبة فلا تميلوا في القسمة وبأسننه وهي ما ذكر في الكتاب والجديدة والقديمة والمسلمة والكتابية والمرافقة والبالغة والعاقلة والمجنونة سواء في القسمة وقال الشافعي رحمه الله ان كانت الجديدة بكرا يفضلها بسبع ليال وان كانت ثيبا فبثلث ليال ثم التسوية لان القديمة

كتاب الرضاع

قال قليل الرضاع وكثيرة سواء اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عليه الصلوة والسلام لا تحرم المصّة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ولنا قوله تعالى وا مهاتكم اللاتي ارضعنكم الايته واخواتكم من الرضاعة وقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولا بن الحرمة وان كانت لشبهة البعضية

كتاب الرضاع

هو في الشرع عبارة عن مص شخص مخصوص اي الطفل من ثدي مخصوص اي ثدي الادمية في وقت مخصوص على حسب ما اختلف فيه **قوله** قليل الرضاع وكثيرة سواء وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات يكتفى الصبي بكل واحدة منها لقوله عليه السلام لا يحرم المصّة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ثم الحديث بنفسه لا يصلح متمسكاً له الا لثقي مذهبنا وهو ثبوت حرمة الرضاع وان قل الارتضاع لكن لما انتفى مذهبنا ثبت مذهبه ضرورة لعدم القائل بالفصل اي بين القليل وبين خمس رضعات وقول من قال من اصحاب

لم يجب بعد فلا يسقط والله تعالى اعلم بالصواب •

بن سوريا امير المؤمنين انما تشكوز وجهاني انه هجر صحبتها فتعجب عمر من فطنته فقال عمر اقص بينهما فقال اراها احدى نساءه الاربع له ثلثة ايام وليا ليهن ولها يوم وليلة ووجه ظاهرا لرواية ان القسمة والعدل انما يكون عند المزاحمة ولا مزاحمة هنا حين لم يكن في نكاحه الا واحدة وهذا لان عند المزاحمة يلحق كل واحدة منهما المغايظة بمقامه عند الاخرى فتستحق عليه التسوية ولا يجب ذلك عند عدم المزاحمة فان رضى احدى الزوجات بشرك قسمها لصاحبها جازما روي انه عليه السلام قال لسودة حين اسنت اعتدي فسألت لوجه الله ان يراجعها ويجعل نوبتها العائشة رضى الله عنها لان يحشر يوم القيامة مع ازواجه وفيه نزل قوله تعالى وان امرأة خانت من بعلها نشوزا او اعراضا الآية ولها ان يرجع في ذلك لانها اسقطت حقها لم يجب بعد فلا يسقط لان الاسقاط انما يتحقق في القائم فيكون رجوعها امتناعا فصار بمنزلة العارية وللمعيران يرجع فيها متى شاء لما قلنا فكذا هذا كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله والله تعالى اعلم بالصواب •

وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع على ما بين
ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال سنان وهو قول الشافعي رحمه الله
وقال زفر رحمه الله ثلثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولا بدمن
الزيادة على الحولين لما بين فيقد ربه ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ومدة
الحمل اذ ناهي ستة اشهر فبقي المفصل حولان وقال النبي عليه السلام لا رضاع بعد
حولين وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل
واحد منهما بكما لهما كالا جل المضروب المدين الا انه قام المنقص في احدهما فبقي
في الثاني على ظاهره ولا نه لا بدمن تغير الغذاء لينقطع النبات باللبن وذلك
بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقد رت با دني مدة الحمل لانها مغيرة

قوله وما رواه مردود بالكتاب فقد روي عن عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما
حديث ابن الزبير رضي الله تعالى عنهم لا يحرم المصّة ولا المصتان فقال ابن عمر رضي الله
عنهما قضاء الله تعالى اولى من قضاء ابن الزبير فرد عليه قوله لمخالفته اطلاق قوله
تعالى وامها تكم اللاتي ارضعنكم او منسوخ به فقد روي انه قيل لا بن عباس
رضي الله تعالى عنه ان الناس يقولون الرضعة لا تحرم فقال كان ذلك ثم نسخ
قوله قام المنقص في احدهما اي في حق الحمل والمنقص حديث عائشة رضي الله تعالى
عنها الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من ثنتين ولو بفلكة مغزل فان قيل في التنقيص
معنى التغير والزيادة على النص تغير موجب الكتاب فلا يصح تغير موجب
الكتاب بخبر الواحد كما لا يصح تخصيصه ابتداء بخبر الواحد لما فيه من نوع تغير قلنا نعم
كذلك الا ان الكتاب مألوف والآية المأولة في اثبات الحكم مثل القياس وانما قلنا ذلك لان
فخر الاسلام رحمه الله جعل الا جل المضروب للمدتين متوزعا عليهما وكذلك عامة

(كتاب الرضاع)

الثابتة بنشوزا لعظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فنعلق الحكم بفعل الارضاع

الظواهر بثلاث رضعات غير معتبر فلا يقدح في وجه التمسك به وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله على ان الاول وهو قوله لا يحرم المصاة الى آخره دال عليهما اي على نفي مذهبنا واثبات مذهبه لان المصاة داخلية في المصتين كقوله لا اكلمه يوم او لا يومين فان اليمين ينتهي بيومين بخلاف قوله لا اكلم يوم او يومين حيث لا ينتهي الا بثلاثة ايام فكانه قال لا يحرم المصتان ولا الاملا جتان فانفتحت الحرمة عن اربع رضعات بهذا الحديث والخمس محرمة اجما عا ويتمسك ايضا بما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كان فيما انزل في القرآن عشر رضعات معلومات يحرم منفسخن بخمس رضعات معلومات وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعد ذلك لنا قوله تعالى واهاتكم اللاتي ارضعنكم الاية اثبتت الحرمة بفعل الارضاع فاشترط العدد فيه يكون زيادة على النص ومثله لا يثبت بخبر الواحد وفي حديث علي رضي الله عنه الرضاع قليل وكثيره سواء يعني في احباب الحرمة ولان هذا سبب من اسباب التحريم فلا يشترط فيه العدد كما لو طي واما حديث عائشة رضي الله عنها فضعيف جدا لانه ان كان متلوا بعد رسول الله عليه السلام ونسخ التلاوة بعد رسول الله عليه السلام لا يجوز فلما ذا لا تتلى الآن وذكر في الحديث دخل دا جن البيت واكله وهو يقوي قول الروافض فانهم يقولون كثير من القرآن ذهب بعد رسول الله عليه السلام ولم يثبت الصحابة في المصحف وهو قول باطل بالاجماع ثم لو ثبت هذا الحديث انما يكون ثبوته في الوقت الذي كان ارضاع الكبير مشروعا لما ان انبات اللحم وانشازا لعظم في حق الكبير لا يحصل بالرضعة الواحدة فكان العدد مشروعا فيه ثم انتسخ بانتماء حكم ارضاع الكبير كذا في المبسوط *

قال ونحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي رويناه الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع ويجوز تزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ امها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وامرأة ابيه وامرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا ذكر الا صلاب في النص لا سقطا اعتبارا بالنسب على ما بيناه

الرضاع ما انبت اللحم وانشز العظم وذلك في الكبير لا يحصل والصحابه اتفقوا على هذا وروي ان ابا موسى الاشعري رضي الله تعالى عنه سئل عن رضاع الكبير فاجاب وجب الحرمة ثم اتوا عبد الله بن مسعود فسألوه عن ذلك فقال اترى هذا الاشمط رضيعنا فيكم فلما بلغ ابا موسى الاشعري حلف ان لا يفتي مادام عبد الله فيهم وفي رواية فقال ابو موسى الاشعري لا تسألوني مادام هذا الخبر بين اظهركم *

قوله الام اخته من الرضاغة قوله من الرضاغة جازان يتعلق بالام وجازان يتعلق بالاخت وجازان يتعلق بهما اما صورة تعلقه بالام فهي ان تكون لرجل اخت من النسب ولها ام من الرضاغة فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته التي كانت امها من الرضاغة واما صورة تعلقه بالاخت فهي ان تكون لرجل اخت من الرضاغة ولها ام من النسب فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته التي كانت امها من النسب واما صورة تعلقه بهما فبان يجتمع الصبي والصبية الاجنبيان على ثدي امرأة اجنبية وللصبية ام اخرى من الرضاغة فانه يجوز لذلك الصبي ان يتزوج ام اخته التي كانت الام من الرضاغة التي انفردت بها رضعا وذكر في المحيط قال اصحابنا رحمهم الله وما يتعلق به التحريم في النسب يتعلق بالرضاع الا في مسئلتين

(كتاب الرضاع)

فان غذاء الجنين يغيره غذاء الرضيع كما يغير غذاء الفطيم والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيّد بحولين في الكتاب .

قال واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق به التحريم لقوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد الفصال ولا ان الحرمة باعتبار النشو وذلك في المدة اذا الكبير لا يترى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشو بتغيير الغذاء وهل يباح الا رضاع بعد المدة قد قيل لا يباح لان ابا حته ضرورية لكونه جزء الادامي .

اهل التفسير وروي ان رجلاً تزوج امرأة فولدت ستة اشهر فحجى بها الى عثمان رضي الله عنه فشاورني رجمها فقال ابن عباس رضي الله عنه ان خاصمتكم بكتاب الله تعالى خصمتكم قالوا كيف قال ان الله تعالى يقول وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقال والوالدان يرضعن اولادهن حولين كاملين فحملة ستة اشهر وفصاله حولان فتركها كذا في التيسير .

قوله فان غذاء الجنين يغيره غذاء الرضيع فان الولد يبقى في البطن ستة اشهر ويتغذى بغذاء الام ثم ينفصل ويصير اصلا في الغذاء **قوله** واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم سواء فطم او لم يطم وقال بعض الناس الكبير والصغير سواء في حكم الرضاع واحتجوا بظاهر النصوص ويقول عائشة رضي الله عنها حتى كانت اذا ارادت ان يدخل عليها احد من الرجال امرت اختها ام كلثوم او بعض بنات اختها ان يرضعه خمسا ثم كان يدخل عليها الا ان غيرهما من نساء رسول الله عليه السلام كن يابئن ذلك ويقولن لا نرى هذا من رسول الله عليه السلام الا رخصة لسهله خاصة حيث قال لهما رسول الله عليه السلام ارضعي سالما خمسا تحرمين بها عليه وكننا نقول انتسخ هذا الحكم بقول رسول الله عليه السلام

ولنا ما روينا و الحرمة بالنسب من الجانبيين فكذا ابا الرضاع وقال عليه السلام لعائشة رضي الله عنها يلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولا نه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جازلا خيه من ابيه ان يتزوجها وكل صبيين اجتمعا على ثدي امرأة واحد لم يجزلا أحدهما ان يتزوج بالآخرى هذا هو الاصل لان امهما واحدة فهما اخ واخت ولا يتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعت لانه اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاع

قوله ولنا ما روينا وهو يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها يلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة فالعم من الرضاع لا يكون الا من لبن الفحل ثم المراد من لبن الفحل ابن حدث من حمل رجل فذاك اب الرضيع وفي النهاية للعلامة السغفاني رحمه الله وتفسير ذلك ما ذكره في الذخيرة والمحيط فقال امرأة ولدت من زوج وارضعت ولدها ثم يمس ثم درلها اللبن بعد ذلك فارضعت صبيان لهذا الصبي ان يتزوج بائنة هذا الرجل من غير هذه المرأة قال وليس هذا بلبن الفحل وكذلك اذا تزوج امرأة ولم يلد منه قط ثم نزل لها اللبن فان هذا اللبن من هذه المرأة ولو زنى بامرأة فولدت منه فارضعت بهذا اللبن صبية لا يجوز لهذا الزاني ان يتزوج بهذه الصبية ولا لابيها ولا لابنه ولا لابناء اولاده لوجود البعضية بين هؤلاء وبين هذا الزاني **قوله** ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه ولا يلزم على هذا ما اذا نزل للرجل لبن فارضع به صبيالم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن ولا يتغذى به الصبي **قوله** وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحد اي ثدي امرأة واحدة **قوله** ولا يتزوج المرضعة

ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى ابائه وابنائهم ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة وفي احد قولي الشانعي رحمه الله لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه

احدهما انه لا يجوز للرجل ان يتزوج ام اخته من النسب ويجوز في الرضاع وانما كان كذلك لان في النسب اذا كانا اخوين لام فام الاخ امه وان كانا اخوين لاب فام الاخ امرأة ابيه وهذا معدوم في الرضاع والمسئلة الثانية فانه لا يجوز للرجل ان يتزوج اخت ابنه من النسب ويجوز في الرضاع وانما كان كذلك لان اخت ابنه من النسب ان كانت منه فهذه بنته وان لم تكن منه فهي ربيته وهذا المعنى لا يتأتى في الرضاع حتى ان في النسب لو لم يوجد احد هذين المعنيين فانه يجوز بان كانت جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه حتى يثبت النسب منهما واكل واحد منهما ابنة من امرأة اخرى جاز لكل واحد من الموليين ان يتزوج بابنة شريكه وان كان كل واحد من الموليين متزوجا باخت ابنه من النسب وفي غيرها تين المسئلتين حكم الرضاع وحكم النسب سواء *

قوله ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى ابائه وابنائهم ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة وامه جدة وابنه اخا وبنته اختا واخوه عما واخته عمة حتى لو كان للرجل امرأتان وولدتا منه فارضعت كل واحدة منهما صغيرا صار اخوين لاب وان كان احدهما انثى لا يحل النكاح بينهما وان كانتا انثيين لا يحل الجمع بينهما لانهما اختان من اب وان كان لرجل امرأة واحدة فولدت منه فارضعت صبيين صار اخوين لاب وام ولا يحل لهذا المرضع امرأة وطعها الزوج ولا للزوج امرأة وطعها الرضيع

ولامعتبر يتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذية بالطعام اذ هو الاصل وان خلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول واذا اخلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء واذا اخلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف رحمه الله لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر رحمهما الله يتعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لا اتحاد المقصود وعن ابي حنيفة رحمه الله في هذا روايتان واصل المسئلة في الايمان واذا انزل للبكر لبن فارضعت صبيات تعلق به التحريم لا طلاق النص ولانه سبب النشوق ثبتت به شبهة البعوضة

وقال الشافعي رحمه الله قد رما يحصل به خمس رضعات من اللبن اذا جعل في جب من الماء فشربه الصبي ثبت به الحرمة كذا في المبسوط لانه موجود فيه حقيقة وذلك القدر لو وصل بنفسه يثبت به التحريم فكذا اذا كان معه غيره ولنا ان المغلوب لا يظهر حكمه في مقابلة الغالب كما في اليمين فانه لو حلف ان لا يشرب اللبن فشرب لبننا مغلوبا بالماء لا يحنت *

قوله ولا معتبر يتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح قوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم اذا كان يتقاطر منه اللبن ثبتت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت في حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة والاصح انه لا تثبت على كل حال عنده لان التغذية كان بالطعام دون اللبن كذا في المبسوط **قوله** واذا اخلط لبن امرأتين الى ان قال وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه روايتان في رواية اعتبار الغالب كما هو قول ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه وفي رواية ثبتت الحرمة منهما

واذا اختلف اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله تعالى عليه هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر بمقابلة الغالب كما في اليمين وان اختلف بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالوا اذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال رضي الله عنه قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ به لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولا بي حنيفة رحمه الله ان الطعام اصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كما مغلوب

احد من ولد التي ارضعت في النهاية المرصعة بصيغة اسم المفعول وبما لرفع على الفاعلية ونصب احدا على المفعولية ومن ولد التي ارضعت على طريق الاضافة هذا هو الاصل من النسخ وفي نسخة اخرى ولا تتزوج المرصعة احد من ولد التي ارضعت بعكس الا ولما في الفاعلية والمفعولية وهذا ايضا صحيح ونسختان اخريان ليستا بصحيحتين وهما بعد صيغة اسم الفاعل في المرصعة كونها فاعله او مفعوله على ما ذكرنا ولكن على هذين التقديرين لا بد ان يكون من الولد التي ارضعت معروفا باللام .

قوله واذا اختلف اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وكذا لو خلط بالدواء او بلبن البهيمة فالعبرة للغالب وفسرا لغلبة محمد رحمه الله تعالى عليه فقال ان لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة وان غير لا تثبت وقال ابو يوسف رحمه الله ان غير طعم اللبن ولو نه لا يكون رضاعا وان غير احد هما دون الآخر يكون رضاعا وقبل على قول ابي حنيفة رحمه الله اذا جعل اللبن في دواء او اخلط بالماء لا تثبت الحرمة بكل حال كذا في فتاوى قاضي خان رحمه الله **قوله** وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم

وإذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد رحمه الله ثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد في الصوم اصلاح البدن وبوجد ذلك في الدواء فاما المحرم في الرضاع معنى النشوء ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي ووصوله من الاعلى وادانزل للرجل لبن فارضع صبي لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن تتصور منه الولادة وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين الادمي والبهائم والحرمة باعتبارها وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصيرجا معا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسباً ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقه جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقه وقعت لا من جهتها

قوله وإذا احتقن الصبي باللبن الصواب وإذا احقن **قوله** وإذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع بينهما لانه لا جزئية بين الادمي والبهائم لان الاختية لا يكون الا بعد الامية والبهيمة لا تتصور ان تكون اما للادمي ولذا فكذا رضاعا بخلاف ما لو حصل الرضاع من المرأة لان الامية هنا تتصور ولذا فكذا رضاعا وكان محمد بن اسماعيل رحمه الله صاحب الحديث يقول ثبت به حرمة الرضاع فانه دخل بخارافي زمن الشيخ ابي حفظ الكبير رحمه الله وجعل يفتي فقال له الشيخ لا تفعل فلست هناك فابى ان يقبل نصيحته حتى استفتى عن هذه المسئلة اذا رضع صبيان بلبن شاة فافتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا واخرجوه من بخارا بسبب هذه الفتوى **قوله** فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج ثم ان كان قبل الدخول بالكبيرة جازله ان يتزوج بالصغيرة لانها ربيته ولم يدخل بامها ولا يتزوج الكبيرة ابدا لانها ام امراته من الرضاع كذا في الايضاح **قوله** وللصغيرة نصف المهر

واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فوجبه الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم تتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلالها لهذا لا يوجب وطئها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة، تظهر في الميت دفئا وتيمما اما الجزئية في الوطئ لكونه ملا تيا محل المحرث وقد زل بالموت فافترا

كما هو قول محمد رحمه الله تعالى عليه واصل المسئلة في الايمان وهو ما اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة اخرى وشربه فهو على هذا الخلاف.

قوله واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فارضع الصبي تعلق به التحريم وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يحرم اذا حلب بعد الموت بخلاف ما اذا حلب قبل الموت فشربه بعد الموت فانه ثبت به الحرمة لان اللبن كان محلا فابلا للحكم عند حدوثه فتعلق الحكم به ولم يبطل ذلك بموت من انفصل منه اما اذا انفصل بعد الموت فلم يحدث اللبن على وجه يتعلق به الحكم فصار كل لبن البهيمة اذا ارضع صبيان منه **قوله** وهذه الحرمة تظهر في الميت دفئا وتيمما هذا جواب عن حرف الخصم وبالموت لم يبق محلا لها فقال تظهر هذه الحرمة في الميت دفئا وتيمما بان كانت المرضعة ذات زوج فان زوجها صار محرما لهذه الميت بالصهرية بسبب هذا الايجار وقيل هذه المسئلة بناء على ان الفعل الحرام لا يصلح سببا للكرامة عنده كالوطئ الحرام لا يوجب حرمة المصاهرة عنده وعندنا يصلح سببا باعتبار انه سبب للجزئية لا باعتبار انه حرام فكذا هنا ايجار لبن الميت حرام فلا تثبت به الحرمة عنده وعندنا ثبوت الحرمة باعتبار انه معد للصبي لا باعتبار انه حرام.

ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان لم تتعمد فلا شيء عليها
وان علمت ان الصغيرة امرأتها وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الوجهين والصحيح
ظاهر الرواية لانها ان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري
مجري الاتلاف امكنها مسببة فيه اطلاق الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعاً وانما ثبت
ذلك باتفاق الحال اطلاق فساد النكاح ليس بسبب لانزام المهر بل هو سبب لسقوطه

الردة فقال لا يمكن اضافة الفرقة الى ردة ابويها فان ردتها في الجملة تنفصل عن ردتها
ولا تبين هي بردتها وانما تبين بردة نفسها فكانت الفرقة لمعنى فيها ثم قال
في الاسرار هذه مسئلة مشككة •

قوله ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد لانها بالارضاع
اكدت ما كان على شرف السقوط بان قبلت ابن زوجها بعد ما صارت مشتبهة
وقد اكدته بالارضاع فتضمن نصف المهر كما في شهود الطلاق وكما لو زنى بامرأة
ابيه قبل الدخول بها تقع الفرقة بينهما ويقضى على الاب بنصف الصداق ويرجع به
على ابنه وذكر الامام المحبوبي رحمه الله لا يرجع الاب على الابن وان كان قال
الابن تعمدت فساد النكاح لما انه وجب عليه حد الزنا فلا يغرم شيئاً آخر واما لو قبل
الابن امرأة ابيه وقال تعمدت فساد النكاح يرجع الاب بما وجب عليه من نصف الصداق
على الابن لانه اكد ما كان على شرف السقوط **قوله** وعن محمد رحمه الله انه
يرجع في الوجهين اي فيما اذا تعمدت الفساد او لم تتعمد لان من اصله ان المسبب كالمباشر
ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الابق مؤجبا للضمان وفي المباشرة المتعدي
وغير المتعدي سواء وكذلك في التسميب على قوله وعلى قول الشافعي رحمه الله يرجع
عليها بمهر مثل المنكوحة لانها اتلفت ملك نكاحها وملك النكاح عنده مضمون
بالاتلاف حتى قال في شاهدي الطلاق بعد الدخول اذا رجعا ضمنا مهر المثل كذا في المبسوط

والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها

وقال مالك رحمه الله لا يجب لان الفرقة جاءت من قبلها بان صارت بنتا لكبيرة فسقط مهرها كما سقط مهر الكبيرة بان صارت امها الا ترى ان مهر الكبيرة يسقط وان قصدت الحسبة بان خافت الهلاك على الصغيرة وانما نقول ان هذه الفرقة لما صارت سبب ضمان واستقام الاضافة الى اسم الامية والبنية اضعفناها الى الامية التي في الام لانها هي المخاطبة دون البنت كذا في الاسرار *

قوله والارتضاع وان كان فعلا منها جواب سؤال بان يقال علته الفرقة ارتضاع الصغيرة والالقام سبب والحكم يضاف الى العلة لا الى السبب وذكر الامام التمر تاشي رحمه الله تعالى لا يقال لولا امتصاصها ما جاءت الفرقة قيل له هي مجبورة على ذلك بحكم الطبع والكبيرة في القام الشدي في فمها مختارة فاصيف الفساد اليها كمن القى حية على انسان لدغته ان الضمان على الملقى لان اللدغ لها طبعي حتى ان الصغيرة لو جاءت الى الكبيرة وهي نائمة فارتضعت ثانيا وكل واحد نصف المهر ولا يرجع الزوج على احد فان قيل يشكل هذا بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد ابوها ولحقا بها بدار الحرب بانث من زوجها ولا يقضى لها بشي من المهر ولم يوجد الفعل منها قيل له الردة محظورة لا ابا حة لها بحال من الاحوال وانها معنى قام بها حكما بخلاف الارتضاع لانه لا حاظ له فان قيل يشكل هذا برجل تزوج امرأة ولم يدخل بها حتى جاء رجل وقتلها يقضى على الزوج بالمهر ولا يرجع على القاتل بشي مع ان القتل محظور فلنا القصاص في العمد احد موجبي القتل وكذا الدية في الخطأ فلا يستوجب شيئا آخر بسبب قتل واحد والمزوج نصيب مما هو الواجب فلا يتضاعف حقه واما الزوج فيما نحن بصدده فلا نصيب له ضمن شي فيضمن ما تلف عليه وهو نصف الصداق كذا في القوائد الظهيرية وذكر في الاسرار في جواب سؤال

كمن اشترى لحماً فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل
الفصل من زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين
او رجل وامرأتين بخلاف المحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر
امراد نينا والله اعلم بالصواب.

قوله كمن اشترى لحماً فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي فانه لا ينبغي
للمسلم ان يأكل ويطعم غيره لان المخبر اخبره بحرمة العين وبطالان الملك
فتثبت الحرمة مع بقاء الملك ثم لما ثبتت الحرمة هنا مع بقاء الملك لا يمكنه الرد
على بائعه ولا ان يحبس الثمن على البائع **قوله** ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل
عن زوال الملك في النكاح وابطال الملك يتوقف على شهادة شاهدين كما لو شهدوا على
الطلاق وهذا لان ملك النكاح مع الرضاع لا يجتمعان فتكون الشهادة بالرضاع شهادة
بالطلاق اقتضاء بخلاف مسألة المحم لان حرمة التناول تقبل الفصل عن زوال الملك
فان الخمر مملوكة ولا يحل تناولها وجلد المينة مملوكة وحرم الانتفاع به واذا كانت
الشهادة بحرمة الاكل لا يتضمن زوال ملكه كانت الشهادة فائدة على مجرد الحرمة
والحرمة حق الله تعالى فيقبل فيها خبر الواحد لانه امر ديني وكذا اذا خطب
رجل امرأة فشهدت امرأة عدلة قبل ان يقع عقد النكاح انها ارضعتها فهو في سعة
من تكذيبها وله ان يتزوجها وكذا لو شهد معها رجل واذا كان المخبر ثقة فالاولى ان
يتنزه عنه ولا يجب عليه ذلك لانه لو ترك نكاح امرأة تحل له كان خبرا له من ان
يتزوج امرأة لا تحل له كذا في الكافي للعلامة النسفي رح والله اعلم بالصواب.

الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه ابطال النكاح
 واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم انما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وقصدت
 بالارضاع الا فسادا ما اذ لم تعلم بالنكاح او علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع
 والهلاك من الصغيرة دون الافساد لا تكون متعدية لانها مأمورة بذلك ولوعلمت
 بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية ايضا وهذا من اعتبار الجهل لدفع قصد
 الفساد لا لدفع المحرم ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما يثبت
 بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك رحمه الله يثبت بشهادة امرأة واحدة
 اذا كانت موصوفة بالعدالة لان المحرمه حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد

قوله الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة جواب اسئلة يرد على قوله لان
 افساد النكاح ليس بسبب لانزام المهر فلا يكون ملزما على الزوج شيئا فقد انتقض
 فذلك بوجوب نصف المهر عند الافساد فعلم بهذا ان الافساد ملزم على الزوج
 فاجاب عنه بان نصف المهر يجب بطريق المتعة والمتعة تجب ابتداء بالنص بقوله تعالى
 ومنعوهن لا ينهيهن من العقد فان العقد قد انفس قبل الاستيفاء فصار كهلاك المبيع
 قبل القبض وهو لا يوجب على المشتري شيئا فكذلك ههنا **قوله** لانها مأمورة بذلك
 قال عليه السلام افضل الاعمال اشباع كبد جائع وهو فريضة ان خاف هلاك الصغيرة
 ومندوب ان كانت جائعة ومباح ان لم تقصد الفساد وتعمد الفساد انما يكون اذا رضعها
 بلا حاجة وتعلم بقيام النكاح وتعلم ان الرضاع مفسد فان فات شي مما ذكرنا لم تكن
 متعمدة والقول في ذلك قولها لانه شيء في باطنها لا يقف عليه غيرها فلا بد من قبول قولها فيه
قوله وهذا من اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد وبه يصير الارضاع تعديا فيصلح سببا للمضمان
 لا لدفع الحكم وهو وجوب الضمان **قوله** ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات اجنبية
 كانت او ام احد الزوجين والمراد من الانفراد انفرادهن من الرجال لانفرادها عن جماهتهن

واقول ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد في الكراهة والحسن هو طلاق السنة وهو ان تطلق المدخول بها ثلثا في ثلثة اطهار وقال مالك رحمه الله انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة للحاجة للخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا فيطلقها الكل قرء تطليقة ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر والحاجة كاملة ككررة نظر الى دليلها ثم قيل الاولى ان يؤخر الا يقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والاظهار ان يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ريماء بجمعها ومن قصده التطبيق فيبتلي بالايقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وقال الشافعي رحمه الله كل طلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا نجتمع الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلث وهي في المفرق على الاظهار ثابتة نظرا الى دليلها

قوله واقول ضررا بالمرأة حيث لم تبطل محلتيها نظرا اليه لان اتساع المحلية نعمة في حقهن ولم يفل احد بكراهته بخلاف الحسن فان فيه خلاف مالك ربح **قوله** وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه كل طلاق مباح ثم قال لا اعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة بل كل ذلك مباح ويقول اي قاع الثلث جملة سنة حتى اذا قال لامرأته انت طالق ثلثا للسنة وقع الكل في الحال عنده **قوله** وهي في المفرق على

كتاب الطلاق

باب طلاق السنة

الطلاق على ثلاثة أوجه حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة

كتاب الطلاق

هو اسم بمعنى التخليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ومنه قوله تعالى الطلاق مرتان ومصدر من طلقت المرأة بالضم كالجمال من جمل وبالفتح كالفساد من فسد والتركيب يدل على الحل والانحلال ومنه اطلقت الاسير اذا حلت اساره فحلته واطلقت الناقة من العقال وطلقت بالفتح وناقته طالق لا قيد عليها ثم الطلاق على نوعين سني وبدعي فالسني نوعان سني من حيث العدد وسني من حيث الوقت والبدعي نوعان بدعي بمعنى يعود الى العدد وبدعي بمعنى يعود الى الوقت فالسني من حيث العدد نوعان حسن واحسن فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها

ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تنقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده
منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر واذ كانت المرأة لا تحيض من صغرها وكبرها
 فاراد ان يطلقها ثلثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان
 الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم
 الي ان قال واللاتي لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء
 في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة

اي السنة في العدد وهو ان يطلقها واحدة فان كانت في المدخول بها في طهر لم يجز معها فيه
 يكون سنيا في العدد والوقت وان لم يكن كذلك فهو سنيا في العدد دلا في
 الوقت فيكون سنيا في العدد مطلقا .

قوله ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تنقل بالحيض فان قيل ينبغي
 ان يكون الطلاق في حالة الحيض مكروها في غير المدخول بها ايضا لقول
 النبي عليه السلام لعمر رضى الله تعالى عنه ان ابك اخطا السنة فالعبرة لعموم اللفظ
 وهو الطلاق في حالة الحيض فنعم المدخول بها وغير المدخول بها قلنا كان كذلك
 في حق المدخول بها بدليل آخر الحديث وهو قوله مرة فليراجعها **قوله** الى ان قال
 واللاتي لم يحضن اي من الصغائر اللاتي لم يبلغن واللاتي يبلغن بالسنة كذلك اي يعتدون
 بثلاثة اشهر كذا في التيسير **قوله** والاقامة في حق الحيض خاصة اي لافي حق الحيض
 والطهر وفي المبسوط وقد ظن بعض اصحابنا رحمهم الله تعالى ان الشهر في حق التي
 لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر في حق التي تحيض وليس كذلك بل الشهر
 في حقها بمنزلة الحيض في حق التي تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ولو كانت
 الاقامة باعتبارهما لكان ينبغي ان يقدر الاستبراء بعشرة لانه اكثر الحيض

والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا يقع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قل في الاصل انه اخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي رواية الزيات انه لا يكره الحاجة الى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد تستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي من الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر فتفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض خلافا لفررح هو يقيسها على المدخول بها

الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها وهو الاقدام على الطلاق في حال يميل قلبه اليها وهو الطهر الخالي عن الجماع والطهر الثاني والثالث نظير الاول في كونهما دليلي الرغبة فصار الحاجة كالمذكورة بالنظر الى دليلها *

قوله والحاجة في نفسها باقية لانه قد يحتاج الى ان يحسم باب النكاح ليتخلص عنها بالكلية لانه ربما بهواها ويميل طبعه اليها ما دام سبيل الوصول اليها ثابتا فيقع في عهدتها فامكن تصوير الدليل عليها **قوله** لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وهو قوله لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية او الدنيوية **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله فلا حاجة الى الجمع بين التلث والتخلع سني وان كان في حالة الحيض لانه قد يحتاج الى المعادة لان الله تعالى قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به **قوله** والسنة في العدد تستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها

لكن تكثر من وجه آخر لانه يرغب في وطى غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة فصارك زمان الحبل وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة و زمان الحبل زمان الرغبة في الوطى لكونه غير معلق او فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع و يطلقها للسنة ثلثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصارك الممتدة طهرها ولهمان الا باحة لعل الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبل السليمة فصلح علما و دليلا بخلاف الممتدة طهرها لان العلم في حقها انما هو الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق لان النهي عنه لمعنى في غيره

قوله لكن تكثر من وجه آخر فان قيل تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور فتساقطتا بالمعارضة فرجعنا الى الاصل وهو ان الاصل في الطلاق الحظر لما مر فحرم عدم الفصل بين وطئها وطلاقها كما في ذوات الحيض قلنا الطهر زمان الرغبة فلما عارضه فتور الرغبة بالجماع تساويا فترجحت جهة الرغبة بعد تعارضهما لكون الوطى غير معلق او نقول تعارض الفتور بالجماع مع الرغبة المعينة وهي الرغبة في وطى غير معلق فبقي نفس الرغبة باعتبار ان الزمان زمان الطهر وذلك لان انتفاء المعين لا يوجب انتفاء المطلق فنفس الرغبة كافية لنفي الكراهة لصلاحيتهما لدليل الحاجة **قوله** قد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة وهي الاشهر او الحيض والشهر في حق الحامل ليس من فصولها **قوله** ولا يرجى مع الحبل اي لا يرجى تجدد الطهر مع الحبل لان الحيض غير ممكن فلا يمكن الطهر

وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال ويجوز ان يطلقها للسنة ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان وقال زفر رحمه الله يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتقر الرغبة وانما تتجدد بزمان وهو الشهر ولنا انه لا يتوهم الحمل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتبارها لان عند ذلك يشبه وجه العدة والرغبة وان كان تفتقر من الوجه الذي ذكر

هذا لان المعتبر في حق ذوات الاقراء الحيض ولكن لا يتصور تجديد الحيض الا بتخليل الطهر وفي الشهور ينعدم هذا المعنى فكان الشهر قائما مقام ما هو المعتبر في حق ذوات الاقراء فان قيل لما اقيم الشهر مقام الحيض فاذا وقع الطلاق في اي شهر كان من الاشهر الثلاثة كان موقعا للطلاق في الحيض فكان حراما كما في حالة الحيض قلنا الخلف تبع للاصل بحاله لا بذاته اي لا يقوم مقامه في جميع الوجوه فان الشهر في حق الآية طهر حقيقة وانما اقيم الشهر مقام الحيض في حق انقضاء العدة والاستبراء وذكر شيخ الاسلام فلو كانت الاشهر بدلا عن الاقراء في حق جميع الاحكام لكان الطلاق بعد الجماع محرما كما في حق ذوات الاقراء فلما لم يحرم علم ان الاشهر قامت مقام الحيض في حق تعلق انقضاء العدة بها لا غيره

قوله وان كان في وسطه اي وان كان ايقاع الطلاق في وسط الشهر ففي حق تمر يق الطلاق يعتبر كل شهر بالايام وذلك ثلثون يوما **قوله** ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله وكان شيخنا رحمه الله يقول هذا اذا كانت صغيرة لا يرجي منها الحيض والحمل واما اذا كانت صغيرة يرجي منها الحيض والحمل فلا يفضل ان يفصل بين جماعها وطلاقها بشهر كذا في المحيط

وان نوى ان تقع الثلث الساعة او عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت في حالة الحيض او في حالة الطهر وقال زفر رحمه الله لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا من حيث ان وقوعه بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلا مدهو ينتظمه عند نيته وان كانت آتية او من ذوات الا شهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهرا اخرى لان الشهر في حقها ليل الحاجة كما طهر في حق ذوات الاتراء على ما بينا وان نوى ان تقع الثلث الساعة وقعن عندنا لما قلنا بخلاف ما اذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلث حيث لا تصح نية الجمع فيه لان نية الثلث انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه

في الحيض الذي قبله ولم يطلقها فيه قلنا الطهر مع الحيض المتصل به فصل واحد من فصول العدة والطلاق في الحيض كالطلاق في الطهر المتصل به فلو طلقها في الطهر حقيقة لم يكن له ان يطلقها في ذلك الطهر ثانيا على وجه السنة فكذلك اذا طلقها في الحيض المتصل به وروي في بعض الروايات انه عليه السلام قال لعمر رضي الله عنه مرايتك فليراجعها ثم ليدها حتى تظهر ثم تحيض فتظهر ثم يطلقها وفسر الطلاق السني في الزيادات بان يطلقها في طهر خال عن الجماع والطلاق عقيب حيض خال عن الجماع والطلاق *

قوله وان نوى ان تقع الثلث الساعة وقعت عندنا لما قلنا وهو انه محتمل لفظه لانه سني وقوعه من حيث ان وقوعه بالسنة لما روي انه عليه السلام قال من طلق امرأته الغابانت بثلاث والباقي رد عليه فان قيل لما كان اللام هنا للوقت كان تقدير كلامه انت طالق ثلثا اوقات السنة فلو قال هكذا ثم نوى ايقاع الثلث جملة الساعة لايصح بل يقع متفرقا في ثلاثة اطهار فيجب ان يكون ههنا كذلك قلنا الفرق بينهما

وهو ما ذكرنا فلا تنعدم مشروعيته ويستحب له ان يراجعها لقوله صلى الله عليه وسلم
 لعمر رضي الله عنه مرا بنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع
 والبحث على الرجعة ثم الا متحاب قول بعض المشايخ والاصح انه واجب عملاً
 بحقيقة الامر وفعلاً للمعصية بالقدر الممكن برفع اثره وهي العدة ودفعاً لضرر تطويل العدة
قال فاذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء أمسكها قال رضي الله عنه
 هكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي رحمه الله يطلقها في الطهر الذي
 يلي الحيض الاول قال ابو الحسن الكرخي رحمه الله تعالى ما ذكره الطحاوي قول
 ابي حنيفة رحمه الله وما ذكر في الاصل قولهما ووجه المذكور في الاصل
 ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة
 فيكمل بالثانية ولا يتجزئ فيتكامل وجه القول الاخر ان اثر الطلاق قد انعدم
 بالمرأجة فصاركانه لم يطلقها في الحيض فيسن تطبيقها في الطهر الذي يليه
 ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا السنة ولا نية له
 فهي طالق عند كل طهر تطبيقاً لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه

قوله وهو ما ذكرنا اشارة الى قوله لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق
قوله عملاً بحقيقة الامر وهو قوله عليه السلام لعمر رضي الله تعالى عنه مرا بنك فليراجعها
 ولا يقال بهذا الامر ثبت الوجوب على عمر بن الخطاب مرا بنك بالمرأجة فكيف ثبت
 المراجعة بقول عمر رضي الله عنه لا نأقول فعل النائب كفعل المنوب فصار كان النبي
 عليه السلام امر فيثبت به الوجوب **قوله** ورفعا للمعصية بالقدر الممكن للمعصية
 الايقاع ولا يمكن رفعه فيرفع اثره حتى لا تتبين بطلاق محذور **قوله** وجه المذكور في الاصل
 ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة فان قبل هذا خلاف النص لان النص
 وهو قوله عليه السلام ان من السنة ان يستقبل الطهر استقبالا وهو غير متعرض طهر اطلقها

لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول ان الاكره لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق

قوله لقوله عليه السلام كل طلاق جائز المراد من الجواز هنا النفاذ كما في البيع وغيره ونفاذه انما يكون بالوقوع ولم يرد بالجواز ضد الحرمة لانه قال الاطلاق الصبي والمجنون وفعلهما فيما يرجع الى المعاملات لا يوصف بالحرمة لانه لا يجري القلم عليهما بكتبه السيئة والحرمة باعتبارها فكان الجواز محمولا على النفاذ وذلك بالوقوع **قوله** وهما عديما العقل فان قيل هذا في المجنون مسلم واما الصبي فيوصف بالعقل فيقال يصح اسلام الصبي العاقل قلنا لما لم يعتدل عقله بالبلوغ كان طرف العدم ثابتا بتأخر لقيام الصبي خصوصا فيما يضره وهذا لان اعتبار القصد يبتني على الخطاب ومبنى الخطاب على اعتدال الحال ولكن قدر ذلك العقل وان لم يعتدل فصلح لتحقيق ما هو حسن لعينه بحيث لا يحتمل القبح كالايمان وتحقيق ما هو قبيح لعينه بحيث لا يحتمل الحسن كالردة لانهما لا يحتملان الرد بعد تحققهما بحد هما لما يجبي ان شاء الله تعالى والعاقل من يستقيم كلامه وفعاله وغيره نادر والمجنون ضده والمعتوه من يختلط كلامه وفعاله فيكون هذا غالبا مرة وذا غالبا مرة **قوله** هو يقول ان الاكره لا يجامع الاختيار وهذا لان المكره يقصد دفع الشر عن نفسه لا عين ما يتكلم به وهو مضطرا الى هذا القصد والاختيار مفسد فيفسد قصده شرعا الا ترى انه لو اكره على الاقرار بالطلاق يلغو اقراره بخلاف الهازل لانه مختار في السبب اي في التكلم بالطلاق •

فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلث والله تعالى اعلم بالصواب .

فصل

ويقع طلاق كل زوج اذا كان عا فلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم

ان اللام ليس بصريح في الوقت بل يحتمله فيترجم جانب الوقت بذكر السنه ومطلق السنه ينصرف الى الكمال وهو السنه وقوعا وايقاعا فلذلك انصرف اليه عند عدم النية واما جانب احتمال ان لا يكون اللام للوقت فباق فيترجم عند نيته ان تقع جملة فكان ذكر السنه منصرفا الى نيته وقوعا واما عند التصريح بالوقت لم يحتمل غير وقت السنه فانصرف لذلك الى وقت السنه كاملا وهوان يكون وقوعا وايقاعا وهوانما يكون عند التفريق على الاظهار .

قوله فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت لان عموم الوقت في الحال محال والثلث انما ثبتت في ضمن عموم الوقت فاذا بطل المتضمن وهو قوله للسنه بقي قوله انت طالق وفيه لا تصح نية الثلث فاما اذا نص على الثلث وبطل قوله للسنه بنية الثلث في الساعة بقي قوله انت طالق ثلثا فتقع الثلث وفي الشافي وفي الاصل تصح لان بنيته لا تبطل دلالة اللفظ على العدد فغدت النية يصير المحتمل كالملفوظ والله تعالى اعلم بالصواب .

فصل

قوله ويقع طلاق كل زوج ولا ينتقض هذا بالحق البائن لان ذلك اثبات الثابت حتى لو كان صريحا يقع ولانه لم يقل يقع كل طلاق كل زوج بل قال يقع طلاق كل زوج وطلاق هذا الزوج مما يقع في الجملة بدليل وقوعه قبل ثبوت البينة ولانه ليس بزوجه مطلقا .

فصار كزواله بالبنج والدواء ولأنه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجراله

غير مغل كما اذا كان الحامل له على الطلاق امر آخر من سوء خلقها او قبح فعلها فانهما لا يفارقان في ان تطليقها للمفسدة الراجعة في بقاء النكاح لكن المفسدة الراجعة ههنا قبل المكره اياه لولا التطليق وثمة امر آخر

قوله فصار كزواله بالبنج في مسألة البنج تفصيل فانه ذكر عبد العزيز الترمذي رحمه الله فقال سألت ابا حنيفة رحمة الله تعالى عليه وسفيان الثوري عن رجل شرب البنج فارتفع الى رأسه فطلق امرأته قال ان كان حين شرب يعلم انه ما هو تطلق امرأته وان كان حين شرب لم يعلم انه ما هو لا تطلق امرأته ولو شرب من الاشربة التي تتخذ من الحبوب او من العسل او من الشهد وسكر وطلق امرأته لا يقع طلاقه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلا فالحمد رحمه الله وذكر في المبسوط وحجتنا ما روينا كل طلاق جائز الا طلاق العبي والمعتوه ولان السكران مخاطب فاذا صادف تصرفه محله يعد كالصاحي وبيان انه مخاطب ان الله تعالى قال يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى فهذا ان كان خطا باله في حال سكره فظاهروا كذا ان كان خطا باله قبل سكره لانه لا يقال للعاقل اذا اجنت فلا تفعل كذا ولان الخطاب انما يتوجه باعندال الحال وذا باطن لا يوقف عليه فاقيم المحب لظاهر الدال عليه وهو البلوغ عن عقل مقامه تيسيرا وبالسكروم يزل هذا المعنى وغفلته عن نفسه بسبب هو معصية فلا يستحق به التخفيف ولم يكن ذلك عذرا في المنع من نفوذ شيء من تصرفاته بعد مله تقرر سببه لان بالسكرو لا يزول عقله ولكن عاجز عن استعماله لغلبة السرور عليه ولئن زال فهو حاصل بسبب هو معصية فلم يؤثر في اسقاط ما بني على التكليف بل يجعل باقيا حكما زجرا وتنكيلا الا ترى انه الحق بالصاحي في حق وجوب القصاص والحد حتى لو قتل انسانا وقذفه في هذه الحالة

(كتاب الطلاق باب طلاق السنة ... فصل)

ولأنه قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعري عن قضيته دفعا للحاجة اعتبارا بالطائع وهذا لأنه عرف الشرين واختارا هونهما وهذا آية القصد والاختيار إلا أنه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كما لهازل وطلاق السكران واقع واختار الكرخي والطحاوي رحمهما الله تعالى أنه لا يقع وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى عليه لأن صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل

قوله ولأنه قصد إيقاع الطلاق هذا احتراز عن الإقرار بالطلاق مكرها فإنه يلغو لأن الإقرار خبر محتمل بين الصدق والكذب وقيام السيف على رأسه دليل على أنه كاذب فيه والمخبر به إذا كان كذبا فبالإخبار عنه لا يصير صدقا **قوله** في حال اهليته احتراز عن الصبي والمجنون **قوله** فلا يعري عن قضيته أي حكمه **قوله** وهذا لأنه عرف الشرين فاختارا هونهما هذا جواب عن قوله أن الإكراه لا يجتمع الاختيار وهذا لأن ركن التصرف صدر من أهله مضافا إلى محله عن ولاية شرعية فوجب القول بالنفذ كما في الطائع ولا خفاء في المحلية والولاية الشرعية وكذا في الأهلية لأن الأهلية تكون بالعقل والقصد الصحيح والاختيار وقد وجد العقل وكذا القصد والاختيار لأن بالإكراه لا يفوت القصد الصحيح فالمكره يقصد ما بشرة وأكن لغيره وهو دفع الشر عن نفسه لا عينه فهو كما لهازل يقصد إلى التكلم بالطلاق المعب لأعينه والهزل لا يمنع وقوع الطلاق فكذا الإكراه والمكره اختيار صحيح لأنه عرف الشرين من الهلاك والطلاق فاختارا هونهما وهو الطلاق وهذا دليل صحة قصده واختياره إلا أن الرضاء فلتت وفواته لا يخل بوقوع الطلاق كما لهازل فإن قيل الاختيار في المكره ناقص لأنه يشوبه نوع اضطرار في التكلم به بخلاف الهازل قلنا القصد والاختيار امر مبطن فبإدراك الحكم بوقوع الطلاق على أجزائه الكلمة التي يقع بها الطلاق على لسانه غاية ما في الباب أنه لو لا الإكراه لما طلق ولكن هذا القدر من النقصان في الاختيار

وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه هذا الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان صفة المالكية كرامة والادمية معتد بهما لها ومعنى الادمية في الحرا كمال فكانت مالكيته ابلغ واكثر ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان حل المحلية نعمة في حقها وللرق اثر في تنصيف النعم الا ان العقدة لا تجزى فتكاملت عقدتين وتأويل ما روي ان الايقاع بالرجال واذا تزوج العبد امرأة وطلق وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته

قوله وطلاق الامة ثنتان وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وما قاله الشافعي رح قول عمرو بن زيد بن ثابت وأما عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فيعتبر بمن رقى منهما حتى لا يملك عليها ثلث تطبيقات الا اذا كانا حزينين كذا في المبسوط **قوله** لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء فوجه التمسك به ان النبي عليه السلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة ثم اعتبارا لعدة بالنساء بالاجماع من حيث القدر فيجب ان يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة **قوله** ومعنى الادمية في الحرا كمال بدليل شهادة الاحكام لان الحرا يصلح للقضاء والشهادة والولاية واذا كان كذلك فيعتبر حال الزوج لانه هو المالك والمالكية من معنى الادمية ايضا وذلك فيما قلته بانه يملك الثلث اذا كان حرا ويملك الثلثين اذا كان عبدا ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان ذكرها محلاة بالالف واللام فيتناول الجنس فيكون طلاق الامة التي تحت حرثنتين **قوله** ولان حل المحلية نعمة هذارد لتعليل الخصم في موضع فانه يقول حل المحلية اشارة الى تمهيد المحل لاثبات الملك فيه بالعقد وذلك ليس من الكرامة بل هو مشعر بنقصان حال المحل فلم يؤثر رفقها في تنصيف الحل

حتى لو شرب فصداً وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه وطلاق الاخرس واقع
بالاشارة لانها صارت معهودة فاقبمت مقام العبارة دفعا للمحاجة وستأتيك وجوهه في آخر
الكتاب ان شاء الله تعالى .

يجب عليه الحد والقصاص فان لم يبق العقل بالصاحي في ما لا يسقط بالشبهة او لم يخلف
البنج فان غفلته ليست بسبب هرجة فيه وما يعتريه نوع مرض فلا يكون سكر حقيقة وكان
كالأغماء وجعل الامام المحقق تخر لسلام رحمه الله السكر على نوعين مباح ومحظور
ثم رتب هذه الأحكام وهي وقوع الطلاق والعتاق على السكر المحظور دون المباح
وجعل السكر من المباح بمنزلة الأغماء في حق منع وقوع الطلاق والعتاق ثم قال اما السكر
المباح فنسئل من اكره على شرب الخمر بالقتل فانه يحل له ذلك وكذلك المضطر اذا شرب
منها ما يرد به العطش فسكبه واما السكر المحظور فهو السكر من كل شراب محرم وذكر الامام
ابو الفضل الكرماني رحمه الله في الايضاح ولو اكره على الشرب او شرب الخمر
عند الضرورة فسكر فان طلقه واقع لان زوال العقل حصل بفعل هو محظور في الاصل فان
حظر العقل ان زال يعارض الاكره لكن السبب الداعي الى التحفظ انما فائز قيام السبب في حق
الطلاق فان قيل زوال العقل اذا كان بسبب المعصية جعل العقل باقيا زجره فلم لم يجعل الإقامة
باقية في حق المسافر العاصي حتى لا يترخص برخصة المسافر زجره قلنا الرخصة متعلقة بالسفر
ولا معصية فيه فلا يجعل في حكم عدم المعنى جاوره وهو خبث باطنه وهذا لان زوال الإقامة ليس
بالمعصية ليجعل الإقامة باقية حكما زجره وهو زوال العقل بالمعصية فيجعل باقيا تقدير زجره .
قوله حتى لو شرب فصداً وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه فان قيل الصداع
حصل بالخمير فيضاف السكر اليها بواسطته كما في شراء القريب قلنا الخمر ليست
بموضوعة للصداع والشراء موضوع للملك فانفردا .

وكذا اذ انوى الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بايقضاء العدة فيرد عليه

ان الطلاق الرجعي لا يرفع الزوجية ولا يبطلها فان الله تعالى سماه بعلا بعد الطلاق وهو الزوج فان قيل اليس ان الله تعالى قال احق بردهن وانما يستعمل الرد فيما زال عنه ملكه وما ما هو في حكم ملكه لا يصح ان يقال ردها الى ملكه قلنا يجوز اطلاق اسم الرد عند انعقاد سبب زوال الملك فيكون الرد بمعنى المنع للسبب عن اثبات الزوال فيكون فسخا للسبب فان اسم الرد كما يطلق لفسخ السبب والحكم جميعا يطلق لفسخ السبب كما اذا اشترى جارية فوجد بها عيبا ففسخ يقال رد الجارية بالعيب ففيه فسخ السبب والحكم جميعا واذا اشترى على انها بالخيار ولم يثبت الملك للمشتري بالاتفاق ثم اذا فسخها يقال رد الجارية ففيه فسخ السبب لا غير فان قيل لا يخلو عن احد المجازين لان الرد لو كان على حقيقته وهو الرد بالنكاح الجديد كان اسم البعل مجازا ولو كان البعل على حقيقته كان الرد مجازا فلم يرجح جعل جانب الرد مجازا قلنا لما ان البعل في اللغة اسم للزوج حقيقة والحقيقة لا يترك الا بالدليل واما لفظ الرد فيستعمل في الوجهين الذين ذكرهما ولانه جعل الرد الى الزوج والرد اذا كان بسبب النكاح لا يكون هو احق منها .

قوله وكذا اذ انوى الابانة هذا عطف على قوله فهذا يقع به الطلاق الرجعي يعني يقع به الطلاق الرجعي وانوى الابانة **قوله** فيرد عليه لانه استعجل ما اخره الشرع فيجازى بالرد كما في قتل المورث جوزي بالحرمان وكما في قصد من عليه السهو بتسليم قطع الصلوة رد قصده عليه .

لان ملك النكاح حق العهد فيكون الاسقاط اليه دون المولى والله اعلم بالصواب .

باب ايقاع الطلاق

قال الطلاق على صريحين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفنقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال

وانقول المحل نعمة وكرامة من الجانبين جميعا قال الله تعالى لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن فسوى بينهما في موضع النفي فكذا في موضع الاثبات وهذا لان عقد النكاح من باب المصالح وضعا من الجانبين فثبت الملك عليهما ما كان مقصودا ولكن لتحقيق ماهو المقصود وهو حل المحلية الا ترى ان من كان ابعد عن الاسلام لم يثبت في حقه حل المحلية كالمجوسية وتأويل ماروي وهو قوله الطلاق بالرجال قيل انه كلام زيد لا يثبت صريحا الى رسول الله عليه السلام واما قوله ومعنى الادمية في الحر اكمل فكانت ما لكيتها ابلغ واكثر قلنا ان الحجر يثبت مرة باحوال المالك مع قيام اصل الملك كما في الصبي والمجنون ومرة يثبت بمعنى في المحل بان لا يقبل التصرف كالعصير ينخمر والعبد يابق وههنا المرأة محل هذا العقد فيقع الاختلال في التصرف بسبب اختلال المحل لما ان حل المحل يختل بالرق على ما مر .

قوله لان ملك النكاح حق العهد وهذا لان النكاح من خواص الادمية والعبد مبقى على اصل الحرية فيها فعلى هذا يجب ان يملك العبد النكاح بدون اذن المولى لكن لو قلنا به ينضرر المولى فلذلك لم يملك بدون اذن المولى والله تعالى اعلم بالصواب .

باب ايقاع الطلاق

قوله وانه يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن فهذه الآية تدل على

طلاق يقع الطلاق به أيضا ولا يحتاج فيه إلى النية ويكون رجعيًا لما بينا أنه صريح في الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلث لأن المصدر يحتمل العموم والكثرة

هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطبيق وحاصله أن ذكرًا نعت يقتضي وصفًا ثابتًا لموصوف لغة كذكر العالم هو ذكر لعلم قام بالموصوف لا بالواصف وكذلك في قولنا جالس وقائم وإذا كان كذلك فنية العدد إنما يعمل في الطلاق الذي هو فعل الرجل إذا كان محتملًا لنية العدد فلما كان هذا نعتًا للمرأة ولم يكن الطلاق ثابتًا بها قبل هذا كان نعتها إياها بذلك كذبًا محضًا في مخرجه لغة كما إذا قلت لرجل قائم أنه جالس أو على العكس لكن أثبت طلاق بها شرعًا لا لغة قبيل قوله أنت طالق ضرورة تصحيح وصف الوصف به وذلك ثابت اقتضاء ولا عموم للمقتضى عندنا لأن ثبوته لتصحيح الكلام لما ان الثابت بطريق الضرورة يثبت على حسب ثبوت الضرورة لا ما وراءه والضرورة تندفع بالواحدة فلما لم يثبت الطلاق فيما وراءه لا لغة ولا شرعًا كانت نية الثلث أو الثنتين مصادفة للمعدم فلا يثبت إلا بمجرد النية ولا يقع بالنية شيء إذا لم يكن اللفظ محتملًا لها وكذلك قوله طلقك أو أنت مطلقة فلا وجه لتصحيحه إلا أن يجعل الطلاق ثابتًا قبل إخباره بهذا ضرورة تصحيح إخباره فكان هذا ثابتًا شرعًا أيضًا بطريق الاقتضاء فلا يعمل نية الثنتين أو الثلث لما قلنا بخلاف قوله طلقي لأن ثبوت التطبيق هناك ليس على طريق الاقتضاء لأنه لا ضرورة لتصحيح الصدق حتى يثبت الطلاق قبله ضرورة لما أنه للطلب لا للإخبار فلم يثبت هناك من معنى الاقتضاء الذي ذكرناه في إخباره

(كتاب الطلاق باب ايقاع الطلاق)

ولونوى الطلاق من وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويد بين فيما بينه
 وبين الله تعالى لانه محتمل ولونوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما
 بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو غير مقيد بالعمل وعن ابي حنيفة
 رحمه الله انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخلص ولو قال انت مطلقة
 بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا
 ولا يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي رحمه الله يقع
 مانوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا
 يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان
 ولثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة
 للمرأة لا لطلاق هو تطبيق والعدد الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلثا
 كقولك اعطته جزىلا اي اعطاء جزىلا ولو قال انت الطلاق او انت طالق الطلاق
 او انت طالق طلاقا فان لم تكن له نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة
 رجعية وان نوى ثلثا ثلث فوقع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهرا لانه
 لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيد
 وكادة اولى واما وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر يذكرو ويراد به الاسم
 يقال رجل عدل اي عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا لو قال انت

قوله ولونوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى
 ولو قال انت طالق من عمل كذا وقع به الطلاق قضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى
 وكل ما لا يدينه القاضي فيه فكذلك المرأة اذا سمعت منه او شهد به عندها شاهد عدل
 لا يسمعها ان يدينه لانها لا يعرف منه الا الظاهر القاضي كذا في المبسوط **قوله** وذكر الطلاق

ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقواي الطلاق اخرى يصدق لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطالق فتقع رجعتان اذا كانت مدخولا بها واذا اضاف لطلاق الى جملتها والى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق لانه اصيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت طالق لان الناء ضمير المرأة او يقول رقبك طالق او عنقك طالق او رأسك طالق او روحك او بدنك او جسدك او فرجك او وجهك لانه يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما قال الله تعالى فتحرير رتبة وقال فظلمت اعنا فهم لها خاضعين وقال صلى الله عليه وسلم لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان رأس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ويراد به النفس وهو ظاهر وكذا ان طلق جزء شائعا مثل ان يقول نصفك او ثلثك طالق لان الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة .

قوله انت طلاق ذات طلاق على حذف المضاف لا ان يكون طلاق بمعنى طالق الا ان قولنا ذات طلاق وطالق واحد في المعنى فلذلك قيل انه بمعنى طالق فصحة نية الثلث في قوله انت طلاق دون قوله انت طالق وفي المبسوط لو قال انت الطلاق فمعناه انت طالق الطلاق حتى صح فيه نية الثلث .

قوله ولو قال انت طالق الطلاق وقال عنيت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى ضدق لان كل واحدة يصلح للايقاع باضمار انت فصار كقوله انت طالق انت الطلاق فتقع رجعتان ان كان مدخولا بها والا لغا الكلام الثاني ولا يقع .

لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل
فلا تصح نية الثنتين فيها خلافا لفر رحمة الله هو يقول ان الثنتين بعض الثلث
فلما صححت نية الثلث صححت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلث انما صححت
لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية اما الثنتان
في حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحد مراعى في الفاظ الوحدان
وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى بمعزل منهما

قوله لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس كما لو حلف ان لا يشرب
الماء فانه لو نوى جميع المياه يصح وان لم ينو شيئا ينصرف الى ادنى ما يطلق
عليه الاسم وان نوى قد جا او قد حين لا يصح وهذا لان معنى التوحد مراعى
في الفاظ الوحدان وهذا بالفردية لتوحد ها حقيقة وحكما او الجنسية لتفرد ها حكما لانك
لو عددت الاجناس كان هذا باجزائه واحد اولست بفرد حقيقة اذهي اجزاء متعددة
فصار هذا الاسم الفرد واقعا على الكل بصفة انه واحد ولما كان الادنى فردا حقيقة وحالا
كان اولى بالاسم الفرد عند الاطلاق والاخر محتمل والمثنى ليس بفرد حقيقة وحالا
فلا يتناولها الفرد حتى لو كانت المنكوحة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية
فان قبل ما اقيم قوله انت طالق مقام انت الطلاق وفي قوله انت طالق لا تصح نية الثلث فينبغي
ان لا يقع بقوله انت طالق الثلث وان نوى كما في قوله انت طالق قلنا لا تصح نية الثلث
في قوله انت طالق لان ذلك نعت فرد من كل وجه فلا يحتمل العدد كما ذكرنا وما اطلاق
فمصدر في اصله وان وصف به فلم يسم فيه جانب المصدرية فلذلك خالف لقوله انت
طالق في صحة نية الثلث ونقول انما صح نية الثلث في قوله انت طالق لان معنى

واختلفوا في الظهر والبطن والظاهر أنه لا يصح لأنه لا يعبر بهما عن جميع البدن
وان طلقها نصف تطليقة أو ثلث تطليقة كانت طالقا تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزئ

للجزء الذي لم يصف اليه التصرف وإنما يصلح مستبعاله أن لو كان أصلا بنفسه
فيستتبع غيره في الحكم والجزء الشائع أصل بنفسه إذ لا وجود للمحل بدونه فجاز أن يستتبع
جزء مثله في الحكم تصحيحا لتصرفه اتباعا للبعض الذي لم يثبت الحكم
فيه لعدم الدليل للبعض الذي يثبت الحكم فيه بالدليل وأما الجزء المعين فتابع
في نفسه في حق محلية الحكم على معنى أنه يتصور وجود المحل ووجود حكم التصرف بدونه
فلو قلنا بالاستتباع لادى إلى جعل الأصل تابعا لتابعه وجعل التابع أصلا لأصله وهو
باطل ولا يقاس اليد على الرأس لان الوقوع ثمه لا بإضافة الطلاق إلى الرأس حتى لو قال
الرأس منك طالق لا يطلق وأكن باعتبار أن الرأس يعبر به عن البدن كما مر حتى لو عبر
باليد عن البدن عند قوم يقع الطلاق بإضافته إلى اليد كذا في المهبوط وقوله عليه السلام
على اليد ما أخذت على حذف المضاف أي على صاحب اليد إلا أن اليد لما كانت
آلة الأخذ أضيف إليها وذكر في الأسرار أراد النبي عليه السلام بذكر اليد صاحبها
وعندنا متى قال الزوج أردت أضمار صاحبها طلقت ولأنه يجوز أن يكون
اليدهناك عبارة عن الكل مقرونا بالأخذ لأن الأخذ باليد يكون فلا يكون
كذلك مقرونا بالطلاق *

قوله واختلفوا في الظهر والبطن والظاهر أنه لا يصح أي لا يقع الطلاق حتى لو قال ظهرك
على كظهر أمي أو بطنك على كبطن أمي لا يكون مظاهرا •

ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه فنية للاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي مستنع اذا الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على القلب ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغوكما اذا اضافه الى ريقها او عفرها وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبي عن رفع القيد ولا قيد في اليد والرجل ولهذا لا تصح اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عند ناحتي تصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق

قوله ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقع لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق لان الطلاق ارفع حكم النكاح فيكون محله ما هو محل حكم النكاح ولا يلزم انه لا تصح اضافة النكاح اليه ولو كان محلا لصحت لانه مع قيام المحلية لا تصح اضافة النكاح اليه لان التعدي الى سائر الاجزاء غير ممكن لان قيام الحرمة في سائر الاجزاء منع من تعدي الحل اليها اذا الحرمة تغلب الحل وفيما نحن فيه استقامت التعدية الى سائر الاجزاء تغلبا للحرمة على الحل ولنا انه اضافة الطلاق الى غير محله فيلغوا وهذا لان الطلاق وضع لرفع القيد فيكون محله ما يكون فيه القيد وليس في اليد قيد ولهذا صح النكاح والطلاق وان لم يكن لها يد ولو اضاف النكاح اليه لا يصح بخلاف الجزء الشائع لانه صح اضافة النكاح اليه عندنا فيكون محلا للنكاح فيكون محلا للطلاق والتعدي من محل اضيف اليه التصرف الى محل آخر انما يستقيم ان لو صلح المحل الذي اضيف اليه التصرف مستتبعا

ثم الغاية الاولى لا بد ان تكون موجودة ليرتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع ولونوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم تكن له نية فهي واحدة وقال زفر رحمة الله تعالى عليه تقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول حسن ابن زياد رحمة الله تعالى عليه .

قوله ثم الغاية الاولى لا بد ان تكون موجودة ليرتب عليها الثانية لانه اوقع الثانية ولا ثانية قبل الاولى ولا بد للكلام من الابتداء فاذا لم يوقع الاولى كما قال زفر رحمه الله تصير الثانية ابتداء فلا يمكن ايقاعها ايضا لاجل هذه الضرورة ادخلت الغاية الاولى ولا ضرورة في الغاية الثانية فاحذنا فيها بالقياس كما قال زفر رحمه الله وحاصله انه لما لم يتصور وقوع الثانية الا بعد وقوع الاولى اوقعنا الاولى وهذا المعنى لا يوجد في الغاية الاخيرة لانه يتصور وقوع الثانية بدون الثالثة فان قيل اليس انه لو قال لها انت طالق تطليقة ثانية لم يقع الا واحدة ولا يقال من ضرورة وقوع الثانية وقوع الاولى فلنا ان قوله ثانية صار لغوا هناك وقوله ههنا من واحدة الى ثلث كلام معتبر في ايقاع الثانية ولا يتحقق ذلك الا بعد ايقاع الاولى فان قيل فعلى قول زفر رحمه الله اذا قال انت طالق من واحدة الى واحدة ينبغي ان لا يقع شيء لانه ليس بين الحدين شيء قلنا قال بعض المتأخرين ينبغي ان يكون هكذا على قياس مذهبه والاصح انه تقع تطليقة واحدة لان آخر كلامه لغوا باعتبار انه جعل الشيء حدا ومحدودا وذلك لا يتصور فاذا الفا آخر كلامه يبقى قوله انت طالق كذا في الجامع الصغير لشمس الائمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه .

وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل كذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا
 ولو قال لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة
 فاذا جمع بين ثلثة انصاف تكون ثلث تطليقات ضرورة ولو قال انت طالق ثلثة
 انصاف تطليقة قبل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فتكامل وقيل يقع ثلث
 تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلثا ولو قال انت طالق من
 واحدة الى ثنتين او مابين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلث
 او مابين واحدة الى ثلث فهي ثنتان وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال في الاولى
 هي ثنتان وفي الثانية ثلث وقال زفر رحمه الله في الاولى لا يقع شيء وفي الثانية تقع
 واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعث منك من
 هذا الحائط الى هذا الحائط وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر
 في العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة
 ولا بي حنيفة رحمه الله ان المراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم
 يقولون سني من ستين الى سبعين او مابين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه
 واردة لكل فيما طريقه طريق الإباحة كما ذكر او الاصل في الطلاق هو الحظر

قوله وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كل صيانة الكلام العاقل عن الالغاء وتغليباً
 للمحرم على المبيح واعمال الدلائل بالقدر الممكن لانه اذا قام الدليل على البعض وهو
 مما لا يتجزى اولم يتكامل يؤدي الى ابطال الدليل **قوله** وقال زفر رحمه الله في الاولى
 لا يقع شيء وتد حاج الاصمعي في هذه المسئلة عند باب الرشيد فقال له الاصمعي ما قولك
 في رجل قبل لهكم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين ايكون ابن تسع سنين فتخير زفر
 رحمة الله تعالى عليه وقال استحسني في مثل هذا كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله تعالى عليه

وقلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع في الاماكن كلها ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذلك لو قال انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان وان عني به اذا اتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لانه علقه بالدخول ولو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية والله تعالى اعلم بالصواب *

وتم عنده يقع البائن لان المشبه به عظيم كذا هنا بخلاف نفس الطول لانه ليس فيه عظم فكان كنفس التشبيه وعنده لا يقع البائن بنفس التشبيه اذا لم يكن المشبه به عظيما على انه جاز ان يكون له روايتان في هذه المسئلة فقد ذكر المشايخ رحمه الله في دليله لانه وصف الطلاق بالطول فصاركانه قال انت طالق تطليقة طويلة ولو قال كذلك كان بائنا كذا هنا

قوله قلنا لا بل وصفه بالقصر ونفس الطلاق لا يحتمل القصر لانه ليس بجسم وقصر حكمه بكونه رجعا **قوله** لمقاربة بين الشرط والظرف لان المظروف لا يوجد بدون الظرف وكذلك المشروط لا يوجد بدون الشرط والله تعالى اعلم بالصواب *

ولأن عمل الضرب في كثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثر اجزاء التطبيق لا يوجب تعددها فان نوى واحدة وثنين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة وثنين وان نوى واحدة مع اثنين تقع الثلث لان كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي ولو نوى الظرف تقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا يرفع ذكر الثاني ولو قال اثنين في اثنين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر رح ثلث لان قضيته ان تكون اربعاً لكن لا مزيد للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه ولو قال انت طالق من هنا الى الشام فهي واحدة تملك الرجعة وقال زفر رحمة الله تعالى عليه هي بائة لانه وصف الطلاق بالطول

قوله ولأن عمل الضرب في كثير الاجزاء لا في زيادة المضروب فانه لو كان يزداد في نفسه لم يبق احد في الدنيا فقير لانه يضرب مائة في الف درهم فيصير مائة الف درهم وتكثر اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها كما لو قال انت طالق نصف تطبيقه وثلثها وسدسها لم يقع الا واحدة **قوله** وان نوى واحدة مع اثنين يقع الثلث دخل بها اولا **قوله** وقال زفر رحمه الله هي بائة لانه وصف الطلاق بالطول ولا يقال انه لو قال انت طالق تطبيقه طويلاً يقع الرجعي عنده فكيف يقع البائن هنا وان كناية عنه لانا نقول ثم صرح بالطول وهنا كني عنه وثبوت الشيء كناية اقوى من ثبوت صريح لان ذاتا ثبت بدليله بخلاف ما لو كان مصرحاً فان قولك كثير الرماد ابلغ في وصفه بالاجود من قولك جواد لان كثرة الرماد اثر الاجود وعلامته فكان دليلاً عليه بخلاف وصفه بالاجود مجرداً ولان قوله من ههنا الى الشام يفيد الطول والعرض وجازان لا يحصل البينونة عنده بوصفه بالطول فحسب ويقع عنده وصفه بالطول والعرض لانه يفيد العظم فصار كانه قال انت طالق كالجبل

آبى حنيفه رحمه الله تعالى عليه انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في الطرف والطرفية لا تقتضى الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضى الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال والله لا صوم من عمري ونظير الاول والله لا صوم من في عمري وعلى هذا الدهر وفي الدهر ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغوكا اذا قال انت طالق قبل ان اخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطبيق غيره من الأزواج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فكان انشاء والا نشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقك وانا صبي او نائم او يصح اخبارا على ما ذكرناه ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او منى لم اطلقك او منى ما لم اطلقك وسكت طلقته لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطبيق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة منى ومنى ما صريح في الوقت لانهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما الوقت قال الله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحيوة ولو قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق الا بالياس عن الحيوة وهو الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة

الوقوع بخلاف قوله اليوم غدا فان هناك ليس بذكر الشرط فيبقى قوله اليوم بيان الوقت الوقوع
قوله آبى حنيفه رحمه الله تعالى عليه انه نوى حقيقة كلامه فيصدق وهذا لانه ايقاع الطلاق في الغد لانه جعل الغد ظرفا والطرفية تليق بالايقاع والطرف لا يقتضى استيعاب المظروف كقولك زيد في الدار بل يقتضى وجوده في جزء من اجزاء المظروف غير انه منى لم ينو

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

ولو قال انت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطولوع الفجر لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى به آخر النهار صدق ديانته لا قضاء لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله وكان مخالفا للظاهر ولو قال انت طالق اليوم غدا وغدا اليوم فانه يؤخذ باول الوقتين الذي تفوه به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيذا والمنجز لا يحتمل الاضافة ولو قال غدا كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين ولو قال انت طالق في غدا وقال نويت آخر انهاردين في القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله وقال الايدى في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا الان حذف كلمة في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

قوله لانه نوى التخصيص في العموم ونية التخصيص في العموم صحيحة فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال لا آكل طعاما ونوى طعاما دون طعام كذا في المبسوط **قوله** لانه لما قال اليوم كان تنجيذا والمنجز لا يحتمل الاضافة فان قيل اذا قال انت طالق اليوم اذا جاء غد فهي طالق حين يطلع الفجر فقد احتل التعليق ما لو لم يذكر بعده التعليق لكان منجزا فينبغي ان يحتمل الاضافة ما لو لم يكن ذكر الغد بعده لكان منجزا او نما ينجز بذكر اليوم اذا لم يذكر الاضافة متصلا به كما في التعليق قلنا ذكر الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله في المبسوط انه انما يغير حكم اول الكلام هناك لان ذلك تعليق بالشرط وبذكر الشرط موصولا بكلامه يخرج كلامه من ان يكون تنجيذا كما لو قال انت طالق اليوم اذا كلمت فلانا وان كلمت فلانا لم تطلق قبل الكلام وتبين بذكر الشرط ان قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت

ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رحمه الله لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال لان البر هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى واصله من حلف لا يسكن هذا الدار فاشتغل بالانقلة من ساعته لم يحث واخواته على ما يأتيك في الأيمان ان شاء الله تعالى ومن قال لامرأة يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار

فادر على الايقاع كما اذا قال ان لم ادخل الدار فانت طالق يقع بموته ولم يقع بموتها لان بعد موتها يمكن دخول الدار فلا يتحقق الياس فلا يقع وانما يتحقق العجز عن الايقاع بموتها فلموقع الطلاق لوقع بعد موتها والصحيح ان موتها كموته لانها اذا اشرفت على الموت فقد بقي من حيوتها ما لا يسع للتكلم بالطلاق واذلك القدر من الزمان صالح لوقوع المعلق لانه يستغني عن زمان التكلم فوجد الشرط والملك قائم والمحل باق بخلاف قوله ان لم ادخل الدار ان لم آت البصرة لانه لا يتحقق الياس بموتها فلا يكون موتها كموته وفي الجامع الصغير التمر تاشي رحمة الله تعالى عليه وان مات احدهما طلقت فان كان رجعا نوارثا لبقاء الزوجية وان كان بائنا ان مات لم يرثها وان مات هو ورثته ان كانت مدخولا بها لانه طلاق الفار.

قوله واخواته وهي نحو قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لا يسه ولا يركب هذه الدابة وهورا كبها فتزعه في الحال ونزل منها لا يحث.

(كتاب الطلاق فصل في اضافة الطلاق الى الزمان)

وموتها بمنزلة موته وهو الصحيح ولو قال انت طالق اذالم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقالا تطلق حين سكت لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم

• واذا تكون كربة اذ غي لها • واذا احس الحيس يدعى جندب •

فصار بمنزلة منى ومنى ما لهذا لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله منى شئت ولا يبي حنيفة رحمه الله يستعمل في الشرط ايضا قال قائلهم • واستغن ما اغناك ربك بالغنى • واذا تصبك خصاصة فتجمل •

فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسألة المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج الامر صار في يدها فلا يخرج بالشك والاحتمال وهذا الخلاف فيما اذالم تكن له نية اما اذا نوى الوقت يقع في الحال ولنوى الشرط يقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملها

شيعا يعين الجزء الاول باعتبار السبق وعدم المعارض ومنى نوى جزء كان تعيين الجزء المنوي وهو قصدي اولى بالا اعتبار من الجزء الاول وهو ضروري بخلاف قوله انت طالق غدا لانه وصفها بهذه الصفة في جميع الغد الا ترى ان من قال والله لا صوم في العمر يتناول ساعة من العمر حتى لو صام ساعة بر في يمينه ولو قال العمر يتناول جميع العمر حتى لا يبر من يمينه الا بصوم جميع العمر وكذا لو قال ان صمت الدهر فعبدى حريق على صوم الابد ولو قال ان صمت في الدهر فعبدى حريق على صوم ساعة والفقه فيه ان غدا ظرف ضروري لثبوته لا بلفظه وقوله في غدا ثبت بلفظ يدل عليه وما ثبت باللفظ يحتمل النية لا ما ثبت بدونه كما في قوله لا اشرب ونوى شرا با دون شراب وفي قوله لا اشرب شرا با •

تولده وموتها بمنزلة موته وهو الصحيح وفي النوادر لا يقع الطلاق بموتها لان الزوج

فصل

ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى ظلا قال لو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوى الطلاق فهي طالق وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطى كما يملك هو المطالبة بالتنكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتها فيصح مضافا اليه كما صح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لا زالة القيد وهو فيهادون الزوج الا ترى انها هي الممنوعة عن الزوج والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لا زالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لا زالة الحل وهو مشترك فصحت ايضا فتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها ولو قال انت طالق واحدة اولا فليس بشيء قال رضي الله تعالى عنه هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله آخرا وعلى قول محمد رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد رحمه الله في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة اولا شيء

فصل

قوله ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوى الطلاق فهي طالق لان الابانة لازالة الوصلة وهي مشتركة والتحريم لا زالة الحل وهو مشترك ولو لم يقل منك او عليك لم يطلق لان حله ووصلته قد يكون باخرى فلا يتعين هذه بلا ذكر وليس كذلك انت بائن او حرام لان حلها ووصلتها معه لا غير **قوله** وهو فيهادون الزوج لانه لا تطلق بعد

فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كما الصوم والا مر باليد لانه يراد به المعيار وهذا اليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يوليهم يومئذ بره المراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة د ين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار لا يتناول الا البياض خاصة هو اللغة والله تعالى اعلم بالصواب

قوله فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كما الصوم والا مر باليد حتى اذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت في اليوم الذي يصوم حين تغيب الشمس ولو قال امرك بيدك يوم تقدم فلان فقدم فلان نهرا فلم تعلم به حتى جن الليل فلا خيار لها لان الا مر باليد مما يمتد **قوله** (والطلاق) والتزوج من هذا القبيل وفي بعض النسخ والطلاق من هذا القبيل وهو لا يظهر لان المراد من فعل قرن به هو المظروف وهو الجزء لا المضاف اليه وبعض المشايخ اعتبروا المضاف اليه فيما لا يختلف الجواب وهو ما اذا كان المظروف والمضاف اليه مما لا يمتد تسامحا نظرا الى حصول المقصود وهو استقامة الجواب حيث صرحوا في قوله يوم اكلم فلانا فامرأته طالق بان المقرون هو الكلام والكلام مما لا يمتد وفي قوله يوم اتزوجك فانت طالق تنزوها ليلاطلقت لان التزوج مما لا يمتد فاما فيما لا يختلف الجواب فيه بالاعتبارين بان كان احدهما ممتدا والاخر غير ممتد فالكل اعتبروا المظروف ولم يلتفتوا الى المضاف اليه كما في مسألة الامر فان الكل اعتبروا فيها الامر باليد الذي هو مظروف دون القدم الذي هو مضاف اليه ثبت ان المعتبر هو المظروف في هذا الباب دون المضاف اليه والله تعالى اعلم بالصواب *

ولهما ان الوصف اذا قرن بالعدد كان الوقوع بذكرا لعدد الاثنتين انه لو قال
 لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث
 وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق تطبيقا واحدة
 على ما مروا اذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك دخلا في اصل الايقاع فلا يقع شيء
 ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة
 منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما و اذا ملك الزوج
 امراته او شقها منها او ملكت المرأة زوجها او شقها منه ونعت الفرقة لمنافات بين
 المملكين اما ملكها اياه فلا جنماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلا
 ملك النكاح ضروري

قوله ولهما ان الوصف اذا قرن بالعدد كان الوقوع بذكرا لعدد ابي قوله
 انت طالق اذا قرن بالواحدة او بالثنتين او بالثلث وانما اطلق اسم العدد على الواحدة
 لانها اصل العدد يعني ان الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاما
 في الايقاع فحينئذ كان الشك الداخلة في الواحدة داخل في الايقاع فحينئذ يصير نظير
 قوله انت طالق اولا وهناك لا يقع شيء بالاجماع كذا هنادل عليه وقوع الثلث
 على غير المدخول بها اذا قال لها انت طالق ثلثا لانه لو كان الوقوع قبل قوله
 ثلثا للغا ذكر الثلث ولهذا لو قال لها انت طالق واحدة او قال انت طالق ثلثا
 فصا دفا قوله انت طالق وهي حية وصادفها العدد وهي ميت لا يقع فلو كان
 الوقوع بقوله انت طالق لوقع الطلاق وثمره ذلك تظهر في غير المدخول
 بها حتى لو كانت مطلقة يجب نصف المسمى ولو لم تكن مطلقة يجب
 جميع المسمى ويظهر ايضا في حق من حلف لا تطلق امرأته **قوله** فليس بشيء

ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد رحمة الله تعالى عليه
روايتان له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة او بينها وبين النفي فيسقط اعتبار
الواحدة فبقي قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق او لا لانه ادخل الشك
في اصل الايقاع فلا يقع

النكاح الى ما شاء ويستمتع بامائه وثلث سواها فان قبل الزوج ايضا ممنوع عن التزوج باختها
واربع سواها فيكون مقيدا قلنا هذا ليس بقيد من جانبها فان العاجز عن التصرف بحكم
انه لم يكن مشروعا لا يكون مقيدا فان كل انسان عاجز عن القضاء ما لم يقلد وليس
بمقيد وكذا الصبي عاجز عن التصرفات وليس بمقيد فالمقيد الحقيقي من له الآلات السلمية
لفعل المشي والبطش وبسبب القيد يمتنع عن ذلك فالمقيد الحكمي هكذا ينبغي ان يكون
له آلات القدرة من العقل والبلوغ ثم امتنع نفاذ تصرفه لما نع القيد كالمرأة تقيدت
بقيد رق النكاح عليها ولا رق في جانب الزوج ولكنه منهي عن نكاح الخمس
والجمع بين الاختين قبل نكاح هذه فلا يكون حكما لنكاح هذه المرأة ولا من اثره فكان
اضافة الطلاق الى الرجل وانه لازالة القيد او الملك لغة وشرعا ولا قيد ولا ملك في الرجل فيكون
اضافة الشيء الى غير محله فيلغوا بخلاف الابانة والتحريم لان التحريم لا يثبت الحرمة
والابانة لقطع الوصلة لغة والحل والوصلة مشترك بينهما فصحت اضافة اليهما وقوله
والحل مشترك والطلاق وضع لابطال قلنا الطلاق ما وضع لابطال الحل بل لرفع القيد
او الملك والحل الثابت لهما عليه يكون تبعالا قصدا بل ثبت ضرورة ثبوت الحل له عليه اه

قوله ولا فرق بين المسئلتين اي بين قوله اول او قوله اول شيء فلا يختلف جواب محمد
فيهما فبيان قول محمد فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة ولا شيء تكون بئثاني واحدة **اولا**
قوله ولو كان المذكور ههنا اي في الجامع الصغير قول الكل فعن محمد رحمة الله روايتان اي فيهما

لانه لا عدة هنالك حتى حل وطئها له وان قال لها وهي امة لغيره انت طالق
ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطبيق
بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود
وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطبيق لان في التعليقات يصير
التصرف تطبيقا عند الشرط عندنا واذا كان التطبيق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده
ثم الطلاق يوجد بعد التطبيق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصافها وهي حرة
فلا تحرم عليه حرمة غليظة بالثنتين يبقى شيء وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد يذكر لنا خير كافي قوله
تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط

قوله لانه لا عدة هنالك وهذا لان العدة انما تجب لاستبراء الرحم عن الماء
ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب لحل الوطئ
فان قيل اليس انه لا يجوز التزويج وهذا دليل على وجوب العدة قلنا قد قالوا لا عدة عليها
بدليل انه لو زوجها من آخر جاز والصحيح انه لا يجوز تزويجها من آخر واحاصل انه
لا تجب العدة عليها في حق من اشتراها وهل يجب في حق غيره فهو على الروايتين
وفي الجامع الصغير التمر تاشي وقالوا واشترى امرأته ثم باعها لا يحل للمشتري وطئها
حتى تحيض بحيضين وكذا لو زوجها المشتري حتى تحيض بحيضين **قوله** لانه علق
التطبيق بالاعتاق او العتق لان قوله مع عتق مولاك اياك يحتمل ان يرا دمع اعتاق
مولاك اياك على طريق استعارة الحكم عن علته والدليل عليه انه استعمال العتق
متعد يا ويحتمل ان يراد به العتق حقيقة فحينئذ يحتاج الى الاضمار اتي مع عتقك اعتاق
مولاك اياك ومثله كثير في كلام العرب **قوله** لان اللفظ ينظمهما اي لفظ العتق يحتمل
الاعتاق على طريق الاستعارة والعتق على طريق الحقيقة لانه هو الملفوظ ومعنى الانتظام

(كتاب الطلاق ... فصل)

ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي ولو اشترى هاتم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنة في لامن وجهه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنة فاة وعن محمد رحمه الله تعالى عليه انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول

اي لا يقع شيء لان معنى قوله مع موتي بعد موتي الا ترى انه لو قال انت طالق مع دخولك الدار فان الدخول يصير شرطا ولا تطلق الا بعد الدخول فكذلك ههنا لو وقع الطلاق بهذا اللفظ انما يقع بعد موته او بعد موتها ولا نكاح بينهما بعد موت احدهما لان مع للمقارنة وحال موت احدهما حال ارتفاع النكاح والطلاق لا يقع الا في حال استقرار النكاح فاذا كان الايقاع يقترب بالموث كان الوقوع بعده لان الوقوع حكم الايقاع والحكم يعقب السبب ولا يقترب به كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى عليه *

قوله ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي فان قيل هذا مسلم فيما اذا ملك الزوج جميع منكوحته بملك اليمين اما اذا ملك شقصا منها فلا يثبت الحل بملك الشقص فينبغي ان لا يبقى الحل الثابت بينهما نكاحا لانه لم يطرأ عليه لاجل قوي ولا ضعيف فلنا ملك اليمين دليل على الحل فقام مقام الحل تيسيرا فعلى هذا ينبغي ان يبطل نكاح المكاتب ايضا اذا اشترى منكوحته لورود دليل الحل القوي على الضعيف ومع ذلك لا يبطل ذكره في المبسوط لان الثابت له في كسبه حق الملك وحق الملك لا يمنع بقاء النكاح ولان ملك اليمين لا يثبت للمكاتب انما يثبت له ملك التصرف لان قيام الرق يمنعه من ذلك والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم فلم يبطل نكاحه لذلك **قوله** ولا بقاء له مع المنة في لامن وجهه وهو العدة ولا من كل وجه وهو النكاح

فتطلق بعد العتق فصار كما لمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض ولهما انه
علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق
والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطبيق لا الطلاق
باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قرروا وبخلاف العدة لانه تؤخذ فيها
بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة تؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان
يقارن الاعتاق لانه علمته فالطلاق يقارن التطبيق لانه علمته فيقتربان والله تعالى اعلم بالصواب

قوله فتطلق بعد العتق فان قيل التطبيق يقارن الاعتاق لتعلقهما بشرط واحد
ويلزم من ذلك ان يكون وقوع العتق والطلاق معا ضرورة مقارنة كل واحد
من هذين المعلولين بعلمته فكيف يستقيم قوله فتطلق بعد العتق قلنا الجواب عنه من
وجهين أحدهما ان مشايخنا اختلفوا في ان الاحكام الشرعية هل تتأخر عن علمها
او تقارنها كما في العقليات فجاز ان يختار محمد رحمه الله تعالى في الطلاق قول من
يقول يتأخر المعلول عن علمته في الشرعيات وفي الاعتاق قول الاخرين ممن يقول المعلول
يقارن العلة في الشرعيات وانما اختلفوا هذا لان العتق اسرع نفوذ الكونه مندوبا
والطلاق ابطأ ثبوت الكونه مبغوضا ولان لا تلزم الحرمة الغليظة بالشك على انا نقول
المعلق بالشرط كما لم يسل لدى الشرط ولا شك انه تقدم في الوجود او جزهما لفظا
في الارسال عند مجيء الغد فكذا في التعليق وقوله انت حرة او جز من قوله
انت طالق ثنتين فيستقيم قوله تطلق بعد العتق والثاني يجوز ان يكون المراد
بقوله بعد العتق مع العتق كما ان المراد من قوله انت طالق مع عتق مولاك اياك
بعد عتق مولاك اياك في المسئلة المتقدمة وعلى هذا التأويل يتأتى التقريب ايضا لان
وقوع الطلاق اذا كان مصابا فالحال ثبوت العتق وهي حرة حال ثبوت العتق كما للجسم

ولو قال اذا جاء غدفانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غدفانت حرة فجاء الغدلم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع بالمناق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعنق يقارن الاعناق لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطبيق مقارنا للمعلق ضرورة

هنا احتمال التناول على طريق البدلية لما عرف ان اللفظ الواحد لا ينتظم الحقيقة والمجاز معا ومعنى قوله انه علق التطبيق بالاغناق او العنق لان العنق حكم الاعناق والحكم يقارن العلة فيقارن العنق الاعناق فيكون التعليق بالاغناق تعليقا بالعنق فيصح حينئذ ان يقال التطبيق معلق بالاغناق لانه اريد بالعنق ويصح ان يقال معلق بالعنق لانه حكمه فيقارنه في الوجود فيتوقف التطبيق عليه ايضا وانما قلنا انه علق التطبيق بالاغناق او العنق لانه جعل التطبيق متصلا بالعنق وهذا لا يتصور الا بان يتعلق احدهما بالآخر تتعلق الشرط بالمشروط او يتعلق احدهما بالآخر تتعلق العلة بالمعلول او يتعلق بشرط واحد او بعلة واحدة والثالث منتف لانهما لم يتعلقا بشرط واحد او بعلة واحدة وكذا الثاني لان اعناق المولى ليس بعلة لتطلق الزوج وكذا تطبيقه ليس بعلة لاعتاقه فتعين الوجه الاول واستحال ان يتعلق العنق بالتطبيق لانه حينئذ يزول ملك المالك بلا رضاه فتعين تعلق الطلاق بالاغناق وقد وجدت اشارة الشرط في الاعناق لانه معدوم على خطر الوجود والطلاق تعلق به والمعلق به التطبيق لا الطلاق عندنا لما عرف ان اثر التعليق في منع السبب فيصير التصرف تطبيقا عند الشرط عندنا وعندنا صار تطبيقا زمان التكلم فان قيل يجب على هذا ان يصح قوله انت طالق مع نكاحك بمعنى ان نكحتك ولم يصح ذلك قلنا هنا مالك الانشاء فاحتجنا الى تصحيح تعليقه بعد لنا من الحقيقة لذلك وثمة لا يملك الانشاء فلم يعتبر كلامه الا في صريح الشرط

وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة منها فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولم يقل هكذا اتفق واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة والشدة كان باثنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رحمه الله يقع رجعا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفها للبينونة خلاف المشروع فيلغوا كما اذا قال انت طالق طلق لي ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله لفظه الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين

قوله وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها اعتبارا بطريق الحساب وعرفهم وقيل ان كان بطن كفه الى السماء فالعبرة للنشروا ان كان الى الارض فالعبرة للمضم وقيل ان كان نشرا عن ضم فالعبرة للنشروا ان كان ضمنا عن نشر فالعبرة للمضم كذا ذكره الامام الترمذ في رحمة الله تعالى عليه **قوله** حتى يقع في الاولى ثنتان يعني صحت نيته ديانة في المسئلتين حتى يقع في المسئلة الاولى ثنتان لانه نوى الاشارة بالمضمومتين وفي المسئلة الثانية واحدة لانه نوى الاشارة بالكف **قوله** ولنا انه وصفه بما يحتمله فان قيل لو كان قوله انت طالق محتملا للبينونة ينبغي ان يصح نية البينونة في قوله انت طالق لان النية انما تعمل فيما احتمله اللفظ ولم يصح فلنا النية تصح في الملهوظ لا في غير الملهوظ والبينونة ما صارت ملفوظة فلا تعمل نيته كمن عليه السهو اذا سلم يريد به قطع الصلوة لا تعمل نيته بخلاف ما اذا قال انت طالق بائن فالبينونة ملفوظة وتحقيقه ان النية تعمل فيما احتمله اللفظ لا فيما يحتمل ان يحصل باللفظ

(كتاب الطلاق ... فصل في تشبيه الطلاق ووصفه)

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشرب بالابهام والسابق الواسطي فهي ثلث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بالثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها

يكون اسود حال اسوداده ويكون عالما حال قيام العلم به فصار بمنزلة قوله انت طالق ثنتين مع عتق مولاك ولهذا اتعد بثلاث حيض وهذا آية كونها حرة حال الطلاق ولهما انه اذا ثبتت المقارنة بين العتق والطلاق والعتق يصادفها وهي امة فيكون الطلاق مصادف لالامة ايضا والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة ولا نسلم كونها حرة زمان ثبوت العتق بل الشيء في زمان ثبوته ليس بثابت اجما عابلا خلاف بين العقلاء اولانه لما وقع التعارض بين دليل الحرمة والحل رجحنا المحرم اخذا بالاحتياط وانما تعد بثلاث حيض احتياطا ايضا على ان العدة وجبت بعد الطلاق وحال وجوب العدة هي حرة بخلاف قوله انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك لان هناك جعل العتق شرطا للتطبيق لانه علق الطلاق بمعدوم على خطر الوجود فهذا هو معنى الشرط وصار مع بمعنى ان وقد يجيء مع بمعنى بعد قال الله تعالى ان مع العسر يسرا واذ كان الاعتاق شرطا للطلاق تقدم العتق على وقوع الطلاق لامحالة والله تعالى اعلم بالصواب

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

قوله والاشارة تقع بالمنشورة منها واعلم انه لا فرق بين الاشارة بالاصابع النبي اعناد الناس الاشارة بها وبين الاصابع الاخر هكذا في العوائد الظهيرية

ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالف او ملاء البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي ثلثا
اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو في البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتقاض اما الرجعي
فيحتمله وانما تصح نية الثلث لذكره المصدر واما الثاني فلانه قد يراد به التشبيه في القوة
تأثر في العدد اخرى يقال هو الف ويراد به القوة تصح نية الامرين وعند فقدانها يثبت اقلهما
محمدا رحمه الله به يقع الثلث عند عدم النية لانه محدد فيراد بها التشبيه في العدد ظاهرا
فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف واما الثالث ولان الشيء قد يملأ البيت لعظمته في نفسه
وقد يملأه لكثرة ناي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية يثبت الاقل ثم الاصل
عند ابي حنيفة رحمه الله انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا اي شيء كان المشبه به ذكر
العظم او لم يذكر كما مر ان التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند ابي يوسف رح ان ذكر العظم
يكون بائنا والا فلا اي شيء كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد
اما ذكر العظم فللزيادة لا لمحالته وعند زفر رح ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس
يقع بائنا والا فهو رجعي وقيل محمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح
وبيانه في قوله مثل رأس الابرّة مثل عظم رأس الابرّة ومثل الجبل ومثل عظم الجبل
ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه
يشند عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن ابي يوسف رح
انه يقع هار جعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو ونوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته
لتنوع البينة على ما مروا لواقع بها بائن والله تعالى اعلم بالصواب *

قوله وبيانه في قوله مثل رأس الابرّة يقع البائن عند ابي حنيفة رح خاصة على تقدير ان يكون
محمد مع ابي يوسف رح ومثل الجبل يكون بائنا عند ابي حنيفة رح ومثل عظم
الجبل يكون بائنا بالاجماع المركب فعند ابي حنيفة رح لوجود التشبيه وعند ابي يوسف رح
لوجود ذكر العظم وعند زفر رح لكون الجبل عظيما عند الناس والله تعالى اعلم بالصواب *

(كتاب الطلاق ... فصل في تشبيه الطلاق ووصفه)

ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى
 الثالث فثلث لما مر من قبل ولو عني بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى
 تقع تطبيقان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذا اذا قال انت طالق
 افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتباره واثرة وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن
 وكذا اذا قال اخبث الطلاق واسوء لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة
 لان الرجعي هو السنة فيكون طلاق البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن ابي يوسف
 رحمه الله في قوله انت طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بائنة لان البدعة قد تكون
 من حيث الابقاع في حالة حيض فلا بد من النية وعن محمد رحمه الله انه اذا قال انت طالق
 للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعي لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة
 الحيض فلا تثبت البينونة بالشك وكذا اذا قال كما لجبل لان التشبيه به يوجب
 زيادة الاحالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا
 وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجعي لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها به في توحده

قوله ومسئلة الرجعة ممنوعة فهو كقوله انت طالق بائن عندنا هكذا ذكر الفقيه ابو الليث رح
قوله اما اذا نوى الثالث فثلث لما مر من قبل وهو قوله ونحن نقول نية الثالث انما
 صحت لكونه جنسا الى آخره في اوائل باب ايقاع الطلاق **قوله** وكذا اذا قال انت طالق
 افحش الطلاق معطوف على قوله انت طالق بائن اي في الاحكام الاربعة وهي فيقع واحدة
 بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين او نوى الثالث فثلث ولو عني بقوله انت طالق
 واحدة وبقوله افحش الطلاق اخرى تقع تطبيقتان فان قيل ان قوله افحش افعل التفضيل
 فيقتضي ان يكون هناك فاحش وهذا افحش منه وليس هناك فاحش الا البائن وهذا
 افحش منه فنكون ثلثا قلنا هذا الوزن مشترك بين التفضيل وبين مجرد الاثبات
 قال الله تعالى وبعولتهن احق بردهن .

وهذه تجانس ما قبلها

وكذا لو قال أنت طالق وطالق وطالق وإنما يفترق الحكم بين ذكر الواو وعدمه إذا كان في آخره شرطاً واستثناءً وقال في الإيضاح إذا قال أنت طالق طالق ان دخلت الدار وهي غير مدخول بها بآنت بالاولى ولم تتعلق الثانية وان كان معطوفا نحو ان قال أنت طالق وطالق ان دخلت الدار او تطلق ان دخلت الدار تعلقا جميعا بالدخول لان قوله أنت طالق من حيث انه جزء كلام قاصر يحتاج الى ذكر الشرط لينم الكلام بمعنى فيتوقف الاول والثاني على ذكر الشرط فيتعلقان دفعة واحدة واذا لم يوجد حرف العطف فالثاني صار فاصلا بين الاول وبين ما ذكر من الشرط بعده فكان تنجيذا وكذا لو قال أنت طالق واحدة واحدة وقعت واحدة وعند ما لك رحمه الله تطلق ثلثا لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع كما اذا قال أنت طالق واحدة ونصفا وانت طالق احدا وعشرين فان في الاولى تقع ثنتان وفي الثانية تقع ثلث وعند زفر رحمه الله تقع واحدة لان المراد من نصف التطبيق كما لها فكانه قال أنت طالق واحدة واحدة ولكننا نقول هذا كله كلام واحد معنى لانه لا يمكنه ان يعبر عن واحد ونصف بعباراة اوجز من هذا وكذا قوله أنت طالق احد وعشرين وان قال احد عشر تطلق ثلثا بالاجماع لانه ليس بينهما حرف العطف فكان الكل واحدا كذا في المبسوط فان قيل الواو والعاطفة لمطلق الجمع عندنا فحينئذ يجب ان يتوقف اول الكلام على آخره في قوله أنت طالق واحدة واحدة لينتقل الجمع قلنا لو توقف لصار للقران ولم يوضع للقران فان قيل لو لم يتوقف يصير للترتيب وهو ايضا ليس من مذ هبنا قلنا الواو لم يوضع للقران والترتيب واكن لمطلق الجمع الا انه وقع الطلاق بالاول لوجود الايقاع وعدم المانع فلم يبق محلا للثانية.

قوله وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى اي هذه المسائل الثلاث وهو قوله

فصل في الطلاق قبل الدخول

وإذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلثا على ما بيناه فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقع جملة فان فرق الطلاق بانتهى بالاولى ولم تقع الثانية والثالثة وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع على حدة اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مباينة وكذا اذا قال لها انت طالق واحدة واحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى وتوقفت لها انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فمات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلثا لما بينا

فصل في الطلاق قبل الدخول

قوله وإذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول وقعن عليها وفي المبسوط وهذا عندنا وهو قول عمرو وعلي وابن عباس وابي هريرة رضي الله تعالى عنهم وقال الحسن البصري رحمه الله تقع واحدة بقوله طالق فتبين لا الى عدة وقوله ثلثا يصادفها وهي اجنبية فلا يقع به شيء كما لو قال لها انت طالق وطالق وطالق ولكن نقول الطلاق متى قرن بالعدد فالواقع يكون بالعدد لان الموقع هو العدد واذا صرح بذكر العدد كان هو العامل دون ذكر الوصف ولهذا لو ماتت المرأة بعد قوله طالق قبل قوله ثلثا لا يقع شيء وهذا لان الكل كلمة واحدة في الحكم فان ايقاع الثلث لا يتأتى بعبارة او جز من هذه والكلمة الواحدة لا يفصل بعضها من بعض بخلاف قوله طالق وطالق لانها كلمات منفردة **قوله** فان فرق الطلاق بانتهى بالاولى وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق

وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولي ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة واحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ولا تقع ثنتان ولو قال لها انت طالق واحدة واحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاجماع لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثلث فتعلقن الثلث واخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الاول تقع ثنتان وعلى اعتبار الثاني لا تقع الا واحدة كما اذا انجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اقر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقع جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف إلقاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي رحمه الله وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله انه تقع واحدة بالاتفاق

قوله وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها وهذا الجواب مشكل في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة لان كون الشيء قبل غيره لا يقتضي وجود ذلك المغير على ما ذكره محمد رحمه الله تعالى عليه في الزيادات الا ترى الى قوله تعالى فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا الى قوله تعالى لنفدا لبحر قبل ان تنفذ كلمات ربي وقال النبي صلى الله عليه وسلم خللوا اصابكم قبل ان يتخللها نار جهنم وجوابه مذکور في اصول الجامع كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب يعنى الجمع المطلق وان كان لا يتعرض للترتيب والقران بحسب الوضع ولكن ذلك الجمع لا يخلو عن احد هذين الامرين في الوجود والوقوع وعلى اعتبار ان يكون مرتباً في الوقوع لا يقع الا واحدة ولا تقع الثانية بالشك **قوله** كما اذا انجز بهذه اللفظة بان قال انت طالق واحدة واحدة فانه تقع واحدة بالاتفاق والمعلق بالشرط كما للمفوظ به عند وجود الشرط فلذلك اعتبر بالانجز فان قبل اليس

(كتاب الطلاق ... فصل في الطلاق قبل الدخول)

من حيث المعنى ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بها الكناية كان صفة للمذكور آخر كقوله جاءني زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بها كان صفة للمذكور اول كقوله جاءني زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق في الماضي اي قاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعة القبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بالاولى فلا تقع الثانية والبعدي في قوله بعدها واحدة صفة للاحيرة فحصلت الابانة بالاولى فلا تقع الثانية ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقترن في الماضي وايقاع الاولى في الحال غير ان الايقاع في الماضي اي قاع في الحال ايضا فتقرن لثنتين فتقعان وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة تقع ثنتان لان البعدية صفة لاولى فاقترن في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فتقرن ان لو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة تقع ثنتان لان كلمة مع للقران وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه في قوله معها واحدة انه تقع واحدة لان الكناية تقتضي سبق المكني عنه لا محالة

انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وكذا لو ماتت قبل قوله ثنتين او ماتت قبل قوله ثلثا يوافق ما قبلها وهو قوله فاذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وتعين قوله من حيث المعنى اي من حيث الدليل وهو ان الواقع فيهما جميعا ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده الا ان الحكم اختلف بينهما لما ان ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه المسائل الثلاث صادف المرأة وهي ميتة فلم يقع الطلاق اصلا وهناك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوحته وقع الثلث لكون الواقع هو العدد وكان الاعتبار في الصورتين للعدد دالا للوصف

واما الضرب الثاني وهو الكنايات فلا يقع بها الطلاق الابائية او بدلالة الحال لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من النصين او دلالة

قال وهي على ضربين منها ثلاثة الفاظ يقع بها طلاق رجعي ولا يقع بها الا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة اما الاولى فلا نها تحتمل الاعتداد من النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فاذا نوى الاول تعين نيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلا نها تستعمل بمعنى الاعتداد

قوله واما الضرب الثاني هو الكنايات ذكر في اول باب ايقاع الطلاق ان الطلاق على ضربين صريح وكناية وقدم ذكر الصريح لانه الاصل في الكلام ثم شرع في الكناية .
قوله فيقتضي طلاقا سابقا لانه لما امرها بالا اعتداد ولم يكن واجبا عليها قبل لا بد من تقديم ما يوجب له ليصح الامر به فقد تم الطلاق عليه كانه قال طلقك وانت طالق فاعندي ضرورة صحة الامر والضرورة ترتفع باثبات اصل الطلاق فلا حاجة الى اثبات وصف زائد وهو البينونة فلذلك كان الواقع به رجعا هذا بعد الدخول وقبل الدخول جعل مستعارا محض من الطلاق لانه سببه فاستعير الحكم لسببه ويجوز استعارة الحكم للسبب اذا كان مختصا به قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلوة اي اذا اردتم القيام اليها والافعال الاختيارية مخصوصة بالارادة السابقة وقال الله تعالى اني اراني اعصر خمرا اي عنب والخمر مخصوصة بالعنب والاعتداد شرعا بطريق الاصل لانه انما هو في الطلاق واما في غير الطلاق فبالعارض كما لموت وحدث حرمة المصاهرة وارتداد الزوج وغيرها .

لان الفاء للتعقيب وهو لا يصح

انه لو قال لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة لا بل ثنتين فدخلت الدار طلقت ثلثا ولو نجز بهذا اللفظ قبل الدخول لم يقع الا واحدة فعلم ان الترتيب في التنجيز لا يدل على الترتيب في التعليق وهذا لان المنجز طلاق فتبين بالا ولى قبل ذكر الثانية والمعلق ليس بطلاق وانما يصير طلاقا عند الشرط ولما صح تعلقه بالشرط ينزل عند وجوده جملة اذا لم يكن في لفظه ما يدل على الترتيب فلنا لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثاني مقام الاول وقد صح ذلك في التعليق لبقاء المحل بعد ما يتعلق الاول بالشرط فيتعلق الثنتان بالشرط بلا واسطة كالا ولى والوا وللعطف على تقرير الاول فتعلق الثاني بالشرط بواسطة الاول ولما نجز بلا بل بانت بالا ولى ولم يصح التكلم بالثنتين لقوات المحل .

قوله لان الفاء للتعقيب ففي كلامه تنصيص على ان الثانية تعقب الاولى فتبين بالا ولى لا الى هذه كما لو قال بسم وبعدة بخلاف الواو ولو قال انت طالق ثم طالق ثم طالق ان كلمت فلا نفع عند ابي حنيفة رحمه الله ان كانت مدخولا بها تقع في الحال ثنتان وتتعلق الثالثة بالكلام وان لم تكن مدخولا بها تقع واحدة في الحال ويلغو ما بقي فاذا قدم الشرط فقال ان كلمت فلانا فانت طالق ثم طالق ثم طالق تعلق الاول بالشرط ووقعت الثانية والثالثة ان كانت مدخولا بها ولا تعلق الاول ووقع الثاني ولغا الثالث وعندهما تعلق الكل بالشرط قدم الشرط واخر الا ان عند وجود الشرط تطلق ثلثا ان كانت موطوءة والاتطلق واحدة وهذا بناء على ان ثم للتراخي اتفاوا كنهم اختلفوا في اثر التراخي فقال ابو حنيفة رح وهو بمعنى الانقطاع كانه سكنت ثم استأنف بعد الاول اعتبارا بكمال التراخي وقال التراخي راجع الى الوجود والحكم فاما في التكلم فمتصل .

(كتاب الطلاق فصل في الطلاق قبل الدخول)

لأنه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلة ويحتمل الاستبراء لبطونها
وأما الثالثة فلأنها تحتمل أن تكون نعنا لمصدر مخذوف معناه تطبيق واحدة فاذنوا
جعل كأنه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو أن تكون واحدة
عنده أو عند قومه ولما احتملت هذه الألفاظ الطلاق وغيره يحتاج فيه إلى النية
ولا تقع إلا واحدة لأن قوله أنت طالق فيها مقتضي أو مضمر ولو كان مظهرا
لا تقع بها إلا واحدة فإذا كان مضمر الأول في قوله أنت واحدة وإن صار المصدر مذكورا
لكن التنصيص على الواحدة ينافي في نية الثلث ولا معتبر بأعراب الواحدة عند عامة
المشايع رحمه الله وهو الصحيح لأن العوام لا يميزون بين وجوه الأعراب •

قال وبقيّة الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وإن نوى ثلثا كان ثلثا
وإن نوى ثنتين كانت واحدة بائنة وهذا مثل قوله أنت بائن ثوبته • وبئله • وحرام • وحبلك
على غاربك • وأحقني بأهلك • وخليفة • وبرية • وهبتك لاهلك وسرحتك فوفارقك • وامرك
بيدك • وأخناري وأنت حرة • وتقني • وتخمرني • واستبرئي • وأغرني • وأخرجني •
وأذهبني • وقومي • وبتغي الأزواج • لأنها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية •

قوله لأنه تصريح بما هو المقصود منه لأن المقصود من الاعتداد براءة الرحم فقوله
استبرئي رحمك أي تعري في براءة رحمك فيحتمل أن يريد الزوج بهذا طلقك أو أنت
طالق فاستبرئي رحمك أو يريد استبرئي رحمك لا طلقك فإذا نوى الأول كان بمنزلة
اعتدي ونوى اعتداد الأقراء فيقع به الطلاق بعد الدخول اقتضاء وقبل الدخول يجعل
مستعرا محضا عن الطلاق استعارة الحكم لاسببه **قوله** لأن قوله أنت طالق فيها مقتضي
أي في قوله اعتدي واستبرئي على ما ذكر **قوله** أو مضمر أي في قوله أنت واحدة فإن تقديره
أنت طالق طلقه واحدة **قوله** ولا معتبر بأعراب الواحدة قيل إنما يقع الطلاق إذا قال واحدة

والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدها بالمرجعة من غير قصد

من ان املكك وانسبك الى نفسي بالملك ولا سبيل لي عليك اسوء خلقك واجتماع نوع الشريك وخليت سبيلك كراهة مني لصحبتك ولا التفت اليك بعد هذا اسوء خلقك وفارتك اي في المسكن اسوء خلقك والحقي باهلك بمعنى فارتك ولما كان في هذه الالفاظ احتمال معنى السب اسوء الخلق وحالة الغضب تدل على ذلك كان متدينا في القضاء اذا قال لم ارد الطلاق فالاحاصل ان الالفاظ الكناية عشرون في الكل يصدق قبل ذكر الطلاق وقبل الغضب فاما بعد ذكر الطلاق فينقسم على قسمين في سبعة منها يصدق قضاء كما يصدق في الكل قبل ذكر الطلاق وهي اخرجي واخواته وفي غير السبعة لا يصدق بعد ذكر الطلاق وهي ثلثة عشر افظاخلية برية بنته بائن حرام اعندي اختاري امرك بيدك ويصدق في العشرة وهي الخمسة المذكورة في ظاهر الرواية والخمسة الملحقة بها برواية ابي يوسف رحمه الله والاحاق المروي عن ابي يوسف رحمه الله الجامع الصغير لشمس الائمة السرخسي ورواية الايضاح واما رواية الجامع الصغير لمخير الاسلام رحمه الله ورواية الفوائد الظهيرية فالخمسة المروية عن ابي يوسف رحمه الله ملحقة بالالفاظ التي لا يدين الزوج في حالة الغضب ايضا كما لا يدين في حالة مذاكرة الطلاق وهي اعندي اختاري امرك بيدك.

قوله والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها وهذا لانه لو اراد ان لا يقع في عهدها بالرجعة فلا قصد ولا ينسد عليه باب التدارك بالنكاح لا يتمكن من ذلك الا باثبات البينونة الحقيقية لان في الغليظة ان لم يقع في عهدها بالرجعة فلا قصد بان قبلته بشهوة ينسد عليه باب التدارك بالنكاح

(كتاب الطلاق فصل في الطلاق قبل الدخول)

ومن أبي يوسف رحمه الله في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وقيل الشافعي رحمه الله يقع بهارجهي لان الواقع به طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص بها العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح وبما ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن دلالة شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية

يصلح جوابا وردا وهو سبعة اخرجي اذهبي اغربي قومي تنفعي استبرئي تخمري
اما صلاحية هذه الالفاظ للردان يراد الزوج بقوله اخرجي اي تركي سؤال الطلاق وكذلك
اذهي اغربي اذا غربي من الغروب هو البعد قومي اي عن طلب الطلاق تنفعي
من القناعة او من القناع وهي الخمار ومعنى الرد فيه هو ان ينوي اتفني بما رزك الله
مني من امر المعيشة وتركي سؤال الطلاق او اشتغلي بالتفنع الذي هو اهم لك من سؤال
الطلاق اذ التفنع يزنيك والتكشف يشيك وهذا قوله استبرئي وتخمري وهو المراد
من قوله وما يجري في هذا المجري وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لا احتمال الرد
او السب احتمال الرد في السبعة المذكورة مثل اخرجي اذهبي واحتمال السب
في الخمسة المذكورة التي في اوائل الثمانية وهي خلية برية بائن بته حرام فقوله انت خلية
نسبة الى الشراي خلية من الخيرية من حسن الخلق او افعال المسلمين بته اي لا اصل لك
او مقطوعة عن الخيرات بائن عن الخيرات حرام الصحبة او عشرة لسوء خلقك

قوله وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه الى قوله يصدق في حالة الغضب الحق
ابو يوسف رحمه الله تعالى عليه خمسة الفاظ اخرى وهي خليت سبيلك وفارقتك
ولا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك والحقني باهلك بتلك الخمسة المذكورة
التي تحتمل السب لان فيها معنى السب ايضا فقوله لا ملك لي عليك اي لانك اقل

وان قال لم انوب الباقي شيئا فهي ثلث لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذكوره
الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما
اذا قال لم انوب الكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه لا ظاهر يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت
بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاوليين لم يكن
حال مذكورة الطلاق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع

عامل بنفسه لما صح نية الثلث عندكم كما لا تصح نية الثلث في قوله انت طالق عندكم لانه
عامل بنفسه قلنا صح نية الثلث لتنوع البينونة الى خفيفة وغليظة .

قوله وان قال لم انوب الباقي شيئا فهي ثلث لانه لما نوى بالاولى ونوع الطلاق
صار الحال حال مذكورة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق
في نفي النية اي قضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى كما اذا قال نويت بالكل
تطبيقا واحدة فهي كذلك فيما بينه وبين الله تعالى واما في القضاء فهي ثلث
لانه لما نوى الطلاق بهن صار كانه قال انت طالق انت طالق انت طالق ولو قال ذلك
وقال عنيت به التكرار يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لان التكرار
يدخل في الكلام فكان محتمل كلامه ولكنه بخلاف الظاهر لانه لا يفيد والقاضي مأثور باتباع
الظاهر والله تعالى مطلع على ضميره فيدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق قضاء فان قيل
ينبغي ان لا يقع في قوله لم انوب الباقي شيئا لان الكلام مني امكن حمله على الحقيقة لا يجوز
حمله على المجاز وان كانت الحقيقة على خلاف العادة لما عرف في مسئلة لا اشرب الماء ونوى
شرب جميع المياه لا يحتمل ابد او هنا امكن حمله على الحقيقة لوجوب العدة فالظاهر ارادتها
فالولى ان لا يقع قلنا لما اراد بالاولى الطلاق صار الحال حال مذكورة الطلاق فبتباعد
الذهن الى الطلاق فيقع بالثانية والثالثة ايضا وذكر الامام شمس الائمة الصرخمي
رحمه الله والامام فاضل بن رحمة الله هذه المسئلة على اثنين مشروجا احدها ان يقول

(كتاب الطلاق ... فصل في الطلاق قبل الدخول)

وليس بكنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها والشرط (اي شرط النية) تعيين احد نوعي البيونة دون الطلاق وانتقاص العدد لبثوث الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما تصح نية الثلث فيها لتنوع البيونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى ولا تصح نية الثنتين عندنا خلاف لفر رحمه الله تعالى لانه عدد وقد بيناه من قبل وان قال لها اعتدي اعتدي وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقى حيضاديين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهد له

وهو يحتاج الى ان يتحقق له هذان الامران عدم الوقوع بالرجعة بلا قصد وعدم انسداد باب التدارك ولا ذلك الا لبثوث الواحدة البائة وكان القياس في الصريح هكذا لان الرجعة بعد ثبوت نية بخلاف القياس وما ثبت بخلاف القياس نصا لا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه وهذه ليست في معناها لان تأثير هذه الالفاظ في المحل اكثر

قوله وليس بكنايات على التحقيق جواب عن قول الشافعي رحمه الله لانها كنايات من الطلاق **قوله** والشرط تعيين احد نوعي البيونة المراد من نوعي البيونة هنا البيونة عن النكاح وعن غيره لا البيونة عن النكاح خفيفة وغليظة هذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله انه يشترط نية الطلاق ولو لان الواقع طلاق لما احتيج الى نية الطلاق وهو جواب لسؤال يرد على قائلنا وليس بكنايات وهوانها لو لم يكن كنايات لما احتيج الى النية فقال شرطت النية لتعيين احد انواع البيونة لما تزامت جهات البيونة **قوله** وقد بيناه من قبل اشارة الى قوله في اوائل باب ايقاع الطلاق ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا الى آخره وقوله انما تصح نية الثلث جواب سؤال ايضا وهوان لنظر البائن لو كان

باب تفويض الطلاق فصل في الاختيار

واذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق اوقال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها
مادامت في مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها
لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه تمليك الفعل منها

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

قوله لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم روي عن عمرو وعثمان
وعلي وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة رضي الله عنهم قالوا في الرجل يخير امرأته
ان لها الخيار ما دام في مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها **قوله** ولانه
تمليك الفعل منها فان قيل ينبغي ان لا يبقى للزوج ولاية التطبيق بعد التمليك كما في
تمليك الاعيان فلنا هذا الملك ثابت بطريق الضرورة اذ من المحل ان يقوم ملك التطبيق
القائم بالرجل بعينه بالمرأة بل يقوم بها مثل ما قام به فصار بمنزلة التوكيل حيث بقيت
الولاية للموكل وكان القياس ان يبقى بعد المجلس الا انه اقتصر على المجلس لما ذكرنا
من اجماع الصحابة رضي الله عنهم على انا نقول التضيق انما يكون في الاعيان
المحموسة فان العين المحسوسة اذا سلكها مملوكا لاحدا استحال الملك فيه لغيره فيلزم من
ثبوت الملك للموهوب له انقطاع ملك الواهب فاما لا تضيق في الولايات الشرعية
الا ترى ان الاخوين تثبت لكل واحد منهما ولاية تزويج اخيهما كماله .

(كتاب الطلاق فصل في الطلاق قبل الدخول)

اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين والله اعلم بالصواب .

لم نؤا طلاق بشيء منها وفي هذا مكان القول قوله كما لو ذكر ذلك مرة والثاني ان يقول نويت بالاولى الطلاق ولم انوب بالباقيتين شيئا او يقول نويت بالاولى والثانية الطلاق ولم انوب بالثالثة شيئا او يقول نويت بالكلمات كلها الطلاق ففي هذه الوجوه تطلق ثلثا لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقي طلاقا نوى ولم ينو لان الاولى رجعي فيلحقه الباقي والخامس اذا قال نويت بالاولى الطلاق وبالباقيتين الحيض فهو مدين في القضاء لما ذكر في الكتاب والسادس ان يقول نويت بالاولى والثانية الطلاق وبالثالثة الحيض فهو مدين ايضا في القضاء ومطلق ثنتين لما قلنا والسابيع ان يقول نويت بالاولى الطلاق وبالثالثة الحيض ولم انوب بالثانية شيئا وقال نويت بالاولى الطلاق وبالثانية الحيض ولم انوب بالثالثة شيئا فانها تطلق ثنتين في هذين الوجهين لانه لما صار الحال حال مذاكرة الطلاق فكل لفظ لم ينوفيه شيئا فهو طلاق وان قال لم انوب بالاولى والثانية شيئا وعنت بالثالثة الطلاق فانه طلاق واحد لانه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند الاولى والثانية فلا يقع بهما شيء وانما يقع بالثالثة لاجل النية وكذا لو قال لم انوب بالاولى شيئا ونويت بالثانية الطلاق وبالثالثة الحيض فهي واحدة والحادي عشر هو ان يقول لم انوب بالاولى شيئا ونويت بالثانية الطلاق ولم انوب بالثالثة شيئا فهي ثنتان لانه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند الاولى ولا يقع بهما شيء والثانية صارت طلاقا بالنية والثالثة ذكرت في حال مذاكرة الطلاق فصارت طلاقا والثاني عشر اذا قال اعتدي ثلثا وقال نويت بالثالثة ثلث حيض فهو كما قال في القضاء اما نية الطلاق في قوله اعتدي صحيح لما قلنا ويلزمها الاعداد بثلاث حيض فكان الظاهر شاهدا فيما نوى ونصب الثلث دل على ذلك كانه قال بثلاث حيض والله اعلم بالصواب

ولا يكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان البيونة
تدتنوع ولا بد من ذكر النفس في كلامه او في كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت
قد اخترت فهو باطل لانه عرف بالاجماع وهو في المفسر من احد الجانبين ولان المبهم
لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعين مع الابهام ولو قال اختاري نفسك فقالت اخترت تقع
واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا لانه يتضمن اعادته وكذا لو قال
اختاري اختيارة فقالت اخترت لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد

قوله ولا يكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع لانه ينبئ عن الخلو
والصفوة وذلك لا يتنوع لان الصفوة اذا حصلت لها بالا حتمصاص بنفسها فبعد ذلك لا يزاد هي
بانضمام شيء آخره ولان الاختيار اسم لفعل خاص وهو الخلو وثبوت البيونة فيه مقتضى
ثبوت الخلو والصفوة فلم يصح فيه نية العموم ولانه انما صار طلاقا باجماع الصحابة
رضي الله عنهم ولا خلاف في الواحدة ثبتت بخلاف الابانة لان البيونة تنوع الى غليظة
وخفيفة وبخلاف الامر باليد فان الامراسم عام يتناول كل شيء قال الله تعالى والامر
يومئذ لله اراد الاشياء كلها وبخلاف قوله طلقي نفسك فانه مختصر قوله افعلني فعل
التطبيق فكان هو محتملا للعموم والخصوص فاذا نوى الثلث فقد نوى العموم فيصح
قوله ولا بد من ذكر النفس اي نفس المرأة او ما يقوم مقام ذكر النفس من التطبيق او الاختيارة
او ما يكون كناية عن ذلك في كلامه او كلامها بان قال لها الزوج اختاري
نفسك او قال لها اختاري اختيارة وقالت اخترت ابي اوامي او اهلي او الازواج وكان
القياس في قولها اخترت ابي اوامي ان لا يقع شيء لانه لم يؤجد في لفظها ما يدل على اختيار
البيونة لكنا نستحسن فتوقع لان الزوج لو قال لها الحقني باهلك ونوى الطلاق
يكون طلاقا فكذلك اختيارها الا انضمام اليهم اختيارا للبيونة كذا في الايضاح

والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كافي البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة لان المجلس تارة يتبدل بالذهاب منه ومرة بالاشتغال بعمل آخر اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذه اللفظة فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسانه لاجتماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولانه بسبيل من ان يستديم نكاحها ويفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن •

قوله والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس وانما كان كذا لك دفعا لضرر الملك وهذا لان الزوج انما خيرها لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه وكذا البائع ينضرر بخيار القبول بعد مرور الايام اذ البائع لا يطلب مشريا آخر اعتمادا على قبوله **قوله** لانه لا يملك الايقاع بهذه اللفظة حتى لو قال اخترتك من نفسي او اخترت نفسي منك لا يقع شيء **قوله** ثم الواقع بها بائن وهو قول علي رضي الله تعالى عنه وعلى قول عمرو بن مسعود رضي الله تعالى عنهما واحدة رجعية وعلى قول زيد رحمه الله اذا اختارت نفسها ثلث فكانه حمل هذا على اتم ما يكون من الاختيار وعمروا بن مسعود حملا على ادنى ما يكون منه وهو التطبيق الرجعية ولكننا أخذ في هذا بقول علي رضي الله تعالى عنه كذا في المبعوط •

كما لمجتمع في المكان والكلام للترتيب والا افراد من ضروراته فاذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلث في قولهم جميعا لانها للمرة نصا فصارت كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتأكد وبدون التأكيد يقع الثلث فيع التأكيد اولى ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطبيقه

اني مخيرك فلا تجتنبني حتى تستأمرني ابديك ثم اخبرها بالآية فقالت اني هذا استأمر ابوي لابل اختار الله ورسوله وجعل رسول الله عليه الصلوة والسلام هذا الكلام منها ايجابا بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس حكايته عن حالة قائمة لانه لا حال ههنا حتى يحمل الكلام عليه من قبل ان الايقاع باللسان دون القلب فلم يصح فعل اللسان حكايته عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكايته تقتضي وجود المحكي عنه *

قوله كما لمجتمع في المكان فالقوم اذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا اول وهذا آخر وانما الترتيب في فعل الاعيان يقال هذا جاء اولا وهذا جاء آخر فاذا لغا ذلك بقي قولها اخترت ولان الاولى والوسطى كما يصلح نعتا لتطبيقه يصلح نعتا للاختيارة الحاصلة منها ولو اتصرت على قولها اخترت كما جوابا للكل فلا يتغير ذلك بكلام محتمل بخلاف ما لو اختارت التطبيق لانه لا تتناول الثلث فاذا لغا ذلك في حق الاصل وهو ترتيب لغا في حق البناء وهو الافراد بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع الثلث فان قيل فاذا لغا في حق الترتيب بعدم امكانه فلم يلغوفي حق الافراد وهو ممكن قلنا الكلام وضع للترتيب والافراد ثبت ضمنا وضرورة فمتى لغا الاصل لغا ما في ضمنه ضرورة فان قيل فينبغي ان لا يقع شيء لانه لما لغا ذكر الترتيب بقي قولها اخترت و بهذا اللفظ لا يقع الطلاق ما لم تقل اخترت نفسي قلنا هذا اذا لم يكن في لفظ الزوج ما يدل

لان اختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه ولو قال اختاري
 فقالت قد اخترت نفسي يقع الطلاق اذ انوى الزوج لان كلامها مفسر بما نواه الزوج
 من محتملات كلامه ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس
 ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد ويحتمله فصار كما اذا قال لها اطلقني نفسك فقالت انا اطلق
 نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله
 واعتبره النبي صلى الله عليه وسلم جوا بامنها وان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجاوز
 في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء الشهادة بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله
 على الحال لانه ليس بحكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها انا اختار نفسي لانه حكاية عن
 حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري اختاري فقالت قد اخترت الاولى
 او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا في قول ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ولا يحتاج
 الى نية الزوج ولا تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار عليه
 اذا الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه
 ان كان لا يفيد من حيث الترتيب ولكن يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد
 وله ان هذا وصف الغولان المجتمع في الملك لا الترتيب فيه هـ

قوله لان اختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة بان قال لها اختاري نفسك
 بطلقة ويتعدد اخرى بان قال لها اطلقني نفسك بما شئت^٢ واختاري نفسك بثلاث
 تطلينات والتعدد من خواص الطلاق اما اختيارها زوجها فانه لا يتعدد لانه
 عبارة عن ابقاء النكاح وهو غير متعدد **قوله** وجه الاستحسان حديث عائشة
 رضي الله عنها هو ما روي لما نزل قوله تعالى يا ايها النبي قل لا زواجك ان كنتن
 تردن الحياة الدنيا وزينتها الآية بدأ رسول الله بعائشة رضي الله تعالى عنها فقال لها

فصل في الامر بالبد

وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت قد اخترت نفسي بوحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح جوابا للامر بالبد لكونه تمليكا كالتخيير والوحدة صفة الاختيار فصار كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث ولو قالت قد ملقت نفسي واحدة واخترت نفسي بتطبيقه فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاولى الاختيار وفي الثانية التطبيق لانها تكون بائنة لان التفويض في البائن ضرورة ملكها امرها وكلامها خرج جوابا له متصرا بالصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الإيقاع وإنما تصح نية الثلث في قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل

فصل في الامر بالبد

قوله وهو في الاولى الاختيار وهو قولها قد اخترت نفسي بوحدة وفي الثانية التطبيق وهو قولها قد طلقت نفسي بوحدة وإنما كان كذلك لان الواحدة صفة فلا بد لها من موصوف وهو محذوف فوجب اثبات ذلك على حسب ما يدل عليه المذكور السابق والمذكور السابق في الاولى قولها اخترت فيجب اثبات الاختيار التي تدل عليها اخترت وفي الثانية طلقت فيجب اثبات التطبيق ولا يجوز ان يكون الموصوف المرة على معنى طلقت نفسي مرة واحدة لانه لا دليل عليه فان قيل يدل عليه قوله امرك بيدك اذ هو التفويض العام فلنا اثبات التطبيق اولى لكونها متيقنا بها **قوله** لان التفويض في البائن ضرورة ملكها امرها اي الزوج ملكها امرها بقوله امرك بيدك ولا تملك امرها الا اذا فوض اليها البائن فيصير التفويض في البائن ضرورة

فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة
فكانها اختارت نفسها بعد العدة وان قال لها امرك بيدك في تطلقه او اختاري
تطلقه فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الا حثا راكن
بتطبيقه وهي معقبة للرجعة والله تعالى اعلم بالصواب •

على تخصيص الطلاق وهنا في لفظه ما يدل على ذلك وهو قوله اختاري ثلث مرات وقيل
لا بد من ذكر النفس وانما حذف اشهرته لان غرض محمد رحمه الله التفرع
دون بيان صحة الجواب •

قوله فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة
فكانها اختارت نفسها بعد العدة ومثله في بعض نسخ الجامع الصغير الصواب
انه لا يملك الرجعة وهكذا ذكر في الجامع الكبير لان الاعتبار لجانب التفويض لا ترى انه
لو امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امر
به الزوج **قوله** وان قال لها امرك بيدك في تطلقه او اختاري تطلقه فاختارت نفسها
اي قالت اخترت نفسي فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار اكن بتطبيقه
وهي معقبة للرجعة فان قيل قوله امرك بيدك او اختاري يفيد البيّنون فلا يجوز
صرفها عنه الى غيرها قلنا لما قرنه بالصريح علم انه اراد به الرجعي كما لو قرن الصريح
بالبائن بان قال انت طالق بائن فانه يتبين به ان اراد به البائن فان قيل لو كان جعل لها
الاختيار بتطبيقه كان قوله هذا في التقدير بمنزلة قوله طلقني نفسك وقد ذكرنا ان قولها
اخترت لا يصلح جوابا لقوله طلقني نفسك قلنا آخر كلامه لما صار تفسير الاول كان العامل
هو المفسر والمفسر هو الامر باليد والتخيير وقولها اخترت يصلح جوابا لذلك كذا ذكره
الامام فاضل خان رحمه الله في الجامع الصغير والله تعالى اعلم بالصواب •

لانها لا تملك رد الا امر كما لا تملك رد الايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا اختارت زوجها برد الامر لان المخيرين شبيئين لا يملك الا اختيارا حدهما وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران لما انه ذكر اكل وقت خبرا بخلاف ماتقدم *

بوقت الامر فبرد الاول لا يرتد الثاني والطلاق لا يحتمل التوفيت وجاز ان يكون في اليوم وبعد غد بطلاق واحد فلا يحتاج الى طلاق آخر *

قوله لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع اي ليس للمرأة ان تقول لا قبل الامر بالبد فيكون الامر في يدها من غير قبول منها فلا يرتد بردها كما انه ليس لها ان تقول لا قبل ايقاع الطلاق بل يقع عليها من غير قبولها فلا يرتد بردها جعل ردها الامر في اليوم بمنزلة قياها عن المجلس او اشتغاها بعمل آخر وجه ظاهر الرواية ان الوقت المذكور همنا بمنزلة المجلس في قوله امرك بيدك مطلقا وهناك لو اختارت زوجها خرج الامر من يدها وان بقي المجلس فهنا اذا اختارت زوجها يخرج الامر من يدها ايضا وهذا لان لها الخيار بين ان تختار نفسها بايقاع الطلاق وبين ان تختار زوجها برد الامر ولو اختارت نفسها طلقت ولم يبق لها خيار في الغد فكذلك اذا اختارت زوجها لا يبقى لها الخيار في الغد وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران حتى اذا اختارت زوجها اليوم ثم جاء الغد لها ان تختار نفسها جعل شمس الائمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه

هذه الرواية صحيحة

(كتاب الطلاق باب تفويض الطلاق فصل في الامر باليد)

ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناول الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما لا يرد الآخر وقال زفر رحمه الله هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التافيت والامر باليد يحتمله فتوقت الامر بالاول وجعل الثاني امرامبنداً ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في الغد لان هذا امر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد بهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال امرك بيدك في يومين وعن ابي حنيفة رحمه الله انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غداً

قوله ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وقوله بعد ذلك اذا ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل تعليل لقوله لم يدخل فيه الليل ولما كان بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر علم انه ليس المراد بذكر الوقت الثاني امتداد الامر الاول فاقتضى ضرورة ايجاب امر آخر فاما اذا قال وغدا فاحد الوقتين متصل بالوقت الآخر فكان ذكر الغد لامتناد حكم الامر اليه فلا يثبت به الامر الاخر اذ لا ضرورة فيه وقوله وقد بهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع يريد به ان يتخلل الليلة لاجلها مدتين لان القوم قد يجلسون للمشورة في بهجم الليل ولا تنقطع مشورتهم ومجلسهم وقال زفر رحمه الله اذا قال امرك بيدك اليوم وبعد غد فانه امر واحد كما اذا قال انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الامر باليد يحتمل التوقيت فيتوقت الامر الاول بالوقت الاول وجعل الثاني امرامبنداً لانه يتخلل بينهما ما ليس

ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار ونخرج الامر من يدها به مجرد القيام لانه دليل
 الامراض اذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما اذا مكثت يوما ولم تأخذ في عمل آخر لان
 المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطع او يدل على الاعراض وقوله
 مكثت يوما ليس للمنفق يربه وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع
 لما كانت فيه لا مطلق العمل ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها لانه دليل الاقبال
 فان القعود اجمع للرأي وكذا اذا كانت قاعدة فاكثات او مكثت فتعدت
 لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محببة فتربعت
 قال رضي الله تعالى عنه هذا رواية الجامة مع الصغير وذكر في غيره انها اذا كانت
 قاعدة فاكثات لا خيار لها لان الاتكاء اظهر انها انما كان اعراضا

قوله ومرة بالاخذ في عمل آخر اي عمل يعرف به انه قطع لما كان فيه لانفس العمل حتى
 لو شربت ماء لا يبطل الامر لانها قد شربت لتمكن من الكلام ففي حال المشاجرة
 والخصام قد يجف الفم فلا يقدر على الكلام ما لم يشرب فلا يكون ذادليل الاعراض وكذلك
 ان اكلت شيئا يسيرا من غير ان يدهوا بالطعام او لبست ثيابها من غير ان تقوم من ذلك
 المجلس او سمحت او قرأت آية او كانت في مكتوبة فامت او في تطوع فامت الشفع
 ولو شرعت في شفع آخر خرج الامر من يدها وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله في الاربع
 قبل الظهر انها بمنزلة صلاة واحدة والوتر كالكتابة لان ذاعمل قليل بخلاف ما اذا دعيت
 بطعام فاكلت او نامت او امتشطت او اغتسلت او اختضبت او جامعها زوجها لا اشتغالها بعمل
 آخر لا تحتاج اليه وليس ذامن عمل الاختيار وكذا يعتبر مجلسها في قوله لها اختاري
 نفسك وفي قوله طلقتي نفسك وانت طالق ان شئت وفي قوله لاجنبي امرأتي بيدك
 او قال لها طلقها اذا شئت او ان شئت بيدك في ان تخلعها وكذا في قوله

وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدمه حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقف به ثم ينقضي بانقضاء وقته واذا جعل امرها بيدها او خبرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التعلق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعلق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعلق لازم في حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعلق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالنحول

قوله وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان وقد حققناه من قبل اي في فصل اضافة الطلاق **قوله** وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا التمليك فيه معنى التعلق فان قيل لما كان فيه من معنى التعلق ينبغي ان لا يعتبر مجلسها كما لا يعتبر مجلس الزوج وبالنظر الى معنى التمليك كان ينبغي ان لا يتوقف قلنا التمليك فيه معبر بتمليك المنافع كالاجارة والعارية لا بتمليك الايمان كالبيع والهبة فان الاجارة والعارية قابلة للتوقيت وان كانت للتمليك فكذا هنا ولما لم يكن في الامر المطلق توقفت يراعى وجوده اعتبرنا جانب التمليك فقلنا بالاعتصار على مجلس العلم واعتبرنا معنى التعلق فقلنا ببقاء الايجاب الى ما وراء المجلس اذا كانت غائبة عملا بالدليلين بقدر الامكان **قوله** بخلاف البيع حيث لا يتوقف فيه الايجاب على ما وراء المجلس ويعتبر مجلس البائع ويصح رجوعه قبل القبول لانه تمليك محض لا يشوبه التعلق

فصل في المشية

ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فلماذا تعمل فيه نية الثلث وينصرف الى الواحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق وهو رجعي ولونوى الثنتين لا تصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة امة لانه جنس في حقها وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال لامرأته ابنتك ينوي به الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانك فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغوا الوصف الزائد ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة

فصل في المشية

قوله وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها لان قوله طلقي مختصر من افعلي فعل التطبيق والمختصر من الكلام كالمطول وقد صحت نية الثلث في المطول فكذا في المختصر وهذا بخلاف قوله طلقتك لانه وان دل على المصدركلته في الاصل اخبار عن طلاق سابق فيقتضي طلاقا تصحيحا لاخباره والثابت اقتضاء ثابت بطريق الضرورة وما ثبت ضرورة لا يعدم موضعها والضرورة تندفع بطلاق واحد فلا يثبت الزائد كما في قوله انت طالق واما في قوله طلقي نفسك فامر بالتطبيق وضعا لا ضرورة فيحتمل العموم لانه اسم جنس واسم الجنس يقع على الادنى ويحتمل الكل حتى اذا نوى الكل صرح

والاول هو الاصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ولو قالت ادعوا بي استشير اوشهود اشهداهم فهي على خيارها لان الاستشارة لتحري الصواب والاشهاد للتحرز عن الانكار فلا يكون دليل الاعراض وان كانت تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها وان سارت بطل خيارها لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف الى ركبها الا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر الله تعالى اعلم بالصواب •

اعتق عبدي اذا شئت بخلاف الوكيل بالبيع اذا قبل له بعه ان شئت حيث لا يقتصر على المجلس لان البيع لا يحتمل التعليق فلم يتقيد بالمجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي ضرتك لانه توكيل ولهذا يملك الرجوع عنه كذا ذكره الامام التمر تاشي رحمة الله تعالى عليه •

قوله والاول هو الاصح لان الاتكاء استناد والاستناد اجمع للرأي ولان الاتكاء نوع جلسة فلا يتغير به ما هو الثابت للمجالس **قوله** والسفينة بمنزلة البيت لا يبطل خيارها بسيرها لان سيرها غير مضاف الى ركبها قال الله تعالى وجرين بهم وهي تجري بهم بخلاف الدابة لان سيرها ووقوفها مضاف الى ركبها فان اوقفت الدابة واخترت نفسها متصلا بتخيير الزوج من غير سكوت بين الكلا مين فحينئذ يصح اختيارها لان دليل الاعراض انما يتحقق بسكوتها بعد تخيير الزوج ولم يوجد وكذلك ان كان معها على تلك الدابة او كانا في محل واحد وهكذا الجواب في البيع ان اتصل قبول المشتري بايجاب البائع من غير سكتة بينهما في هذا الفصل ينعقد البيع والا فلا كذا في المبسوط والله تعالى اعلم بالصواب •

وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى عامته في الاوقات كلها فصارت كما اذا قال في اي وقت شئت واذا قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع لانه توكيل وان استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لا امرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تملكها لا توكيلا واذا قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر رحمة الله تعالى عليه هذا والاول سواء لان التصريح بالمشية كعدمه لانه يتصرف عن مشية نصاركا لوكيل بالبيع اذ قيل له بعد ان شئت ولنا انه تملك لانه حلقه بالمشية

قوله وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين الى قوله بخلاف ما اذا قال لها طلقي صرتك لانه توكيل وابانه فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع فان قيل في قوله طلقي صرتك معنى التعليق ايضا فكان ينبغي ان يقع لازما في جانبه ولا يقبل الرجوع قلنا لا يمكن اعتبار التعليق في ضمن الوكالة اذ الوكالة من العقود الجائز بل واعتبرنا التعليق فيه تبطل حقيقته فيؤدي الى ابطال ما في ضمنه والتمليك من العقود اللازمة فيلايم التعليق فاعتبر قوله **قوله** وانه استعانة فلا يلزم اي في جانب الزوج ولا يقتصر على المجلس اي في جانب الوكيل وهذا لانه امر بايقاع الطلاق والامر لا يقتضي الا يتما على الفور اعتبارا باوامر الشرع وبما تراكات ويقبل الرجوع لثلا يعود على موضوعه بالنقض وهذا لانه انما استعان بغيره في حاجته لكون التصرف له لا عليه فلوا لزمناه فربما تزول حاجته فيصير التصرف عليه فيضر ربه ولان الوكيل يعمل للمؤكل وفي حقوق المنة ضرر فله ان يرجع **قوله** قال زفر رحمة الله تعالى عليه هذا والاول سواء هو قوله لرجل طلق امرأتي

وينبغي أن تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لأنه ليس من الفاظ الطلاق إلا ترى أنه لو قال
 لامرأته اخترتك أو اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج
 اجزت لا يقع شيء إلا أنه عرف طلاقاً بالاجماع إذا حصل جواباً بالنخير وقوله طلقي
 نفسك ليس بتخيير فيه فيلغو ومن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يقع شيء بقولها ابت
 نفسي لأنها أنت بغير ما فوض إليها إذا ألبانه تغاير الطلاق وإن قال لها طلقي
 نفسك فليس له أن يرجع عنه لأن فيه معنى اليمين لأنه تعليق الطلاق بتطبيقها واليمين
 تصرف لا زام ولو قامت عن مجلسها بطل لأنه تمليك بخلاف ما إذا قال لها
 طلقي ضرتك لأنه توكيل وإنا بانه فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع

كما لو حلف أن لا يشرب الماء وأوفى لها طلقي نفسك فقالت ابت نفسي طلقت وكذا لو قالت
 أنا حرام أو بائن أو برية أو بنة أو لا يصح منها البائن على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى
 كما لو امرها بواحدة فطلقت ثلثاً أو ثلثاً فطلقت المأ أو نصف تطليقة أو ألفاً فطلقت
 ثلثاً لا يقع وإن كانا في الحكم سواء لأنه يعتبر اللفظ كذا في الجامع الصغير
 للتمر تأشي رحمه الله ويمكن أن يقال هنا موافقة في الأصل فجعل جواباً وفي قوله طلقي
 نفسك نصف تطليقة مخالفة في الأصل إذا أنصف الزائد أصل أو أنت بغير ما فوض إليها
 لأن المفوض إليها نصف الطلاق الذي يكون سارياً وفي الباقي مخالفة في الإيجاب
 حين أنت بغير ما فوض إليها من الإيجاب *

قوله وينبغي أن تقع تطليقة رجعية هذا شرح لإطلاق جواب محمد رحمه الله تعالى عليه
 وهو قوله طلقت فإن محمد رحمه الله لم يتعرض لوصف الإبانة فكان رجعيانظر إلى
 الإطلاق وهو المتيقن **قوله** بخلاف الاختيار متعلق بقوله لأن الإبانة من الفاظ الطلاق

بخلاف البيع لانه لا يحتمله ولو قال لها طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة فهي واحدة لانها ملكك ايفاع الثلث فتملك ايفاع الواحدة ضرورة ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يقع واحدة لانها انت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج الفأ ولا يبي حنيفة رحمه الله انها انت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدأة محببة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة والثلث غير الواحدة لان الثلث اسم لعدد مركب مجتمع والواحد فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسئلة الاولى لانها ملكك الثلث اما هنا لم تملك الثلث وما انت بما فوض اليها فلما وان امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امر به الزوج فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية .

وهذا بخلاف البيع لان تملك الطلاق فيه معنى اليمين لان فيه تعليق الطلاق بالتطبيق وفي قوله طلقها ان شئت تملك فيه تعليق الطلاق بالمشية والطلاق محتمل ذاك والبيع مما لا يحتمل التعليق بالشرط فيلغوز كالمشية فيه .

قوله بخلاف البيع لانه لا يحتمله فان قيل هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل قابل للتعلق قلنا اعتبر التوكيل بالبيع باصل البيع **قوله** والثلث غير الواحدة وهذا لان الثلث غير الواحدة لفظا وكذا حكما لثبوت الحرمة الغليظة بالثلث دون الواحدة وكذا اختلفا في وقت الوقوع لان وقت وقوع الواحدة بعد الفراغ من قوله طلقت ووقت وقوع الثلث بعد

والمالك هو الذي ينصرف عن مشيته والطلاق يحتمل التعليق

قوله والمالك هو الذي ينصرف عن مشيته فإن قيل لو قال لا جنبي طلق امرأتي
 كان الوكيل متصرفا أيضا عن مشية واختيار فلم لا يكون تمليكاً قلنا إنما نشأ ذلك
 الاختيار والمشية من عدم نفاذ الزام الامر عليه لعدم الولاية لا من الصيغة فإن الصيغة
 ملزمة اذا صدرت من ذي ولاية ولما قال لا جنبي ان شئت فالمشية جاءت من الصيغة
 صريحا وثبتت خاصية المالكية فكان هذا الكلام للمتمليك لا لالزام الا ترى ان الله تعالى
 لو قال اعملوا كذا ان شئتم لم يكن الزاماً وكان تمليكاً بخلاف المشية الثابتة للوكيل
 في عدم نفاذ ولاية الزام الامر وكلاهما في المشية المستفادة من الصيغة والحاصل ان المشية
 نوعان نوع يذكروا دبه الاختيار في الفعل بمعنى نفى الغلبة ورفع الاضرار والوكيل
 موصوف بهذه المشية والنوع الثاني الايثار يقال ان شئت فعلت كذا وان شئت لم تفعل
 بمعنى ان شئت اثرت الفعل على الترك او ترك الفعل والا يثار ينبغي عن استحسان
 الفعل والتحصيل له لزيادة رغبة فيه وانه لحسنه وانه معنى آخر واء المشية بمعنى نفى
 الغلبة والوكيل غير موصوف بالمشية بهذا الاعتبار لان الموكل هو الذي يؤثر الفعل
 والترك والموجود من الموكل في حق الوكيل ليس الاستعارة اللسان وتحصل العبارة
 باختياره من غير تحصيل النظر في مصلحة الفعل وتركه فاذا فوض الامر الى غيره وقطع
 تدبيره ورأيه في مصلحة الامر وتركه وهذا صفة المالك لا صفة الوكيل فكان قوله
 ان شئت تمليكاً لا توكيلاً فبين بهذا ان التصريح بالمشية ليس كعدمه فان التصرف بذكر
 المشية صار تمليكاً بعد ان كان توكيلاً وانها غير محمولة على نفى الاضرار بل على المعنى
 الثاني وهو الذي يوجبها الزوج ويشتهنها صيانة لتصرف العاقل عن الالفاء اذ لو حملت على
 نفى الاضرار لم يفد الا ما افاده السكوت عن ذكر المشية وفيه الغاء تصرف العاقل

فصار كأنها اقتصرت على الأصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بآئنا أو رجعيًا وإن قال لها طلقي نفسك ثلاثًا شئت وطلقت واحد فلم يقع شيء لأن معناه أن شئت لثلاث وهي بإيقاع الواحدة ما شاءت الثلاث فلم يوجد الشرط ولو قال لها طلقي نفسك واحدة أن شئت فطلقت ثلاثًا فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله لأن مشية الثلاث ليست بمشية للواحدة كما يقعها وقال تقع واحدة لأن مشية الثلاث مشية للواحدة كما أن إيقاعها إيقاع للواحدة فوجد الشرط ولو قال لها أنت طالق أن شئت فقالت شئت أن شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الأمر لأنه علق طلاقها بالمشية المرسله وهي أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعينها فخرج الأمر من يدها .

فالوقوع بالعدد لا بلفظ الطلاق ولهذا لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثًا تطلق ثلاثًا وكذا لو ماتت قبل قوله ثلاثًا لا يقع الطلاق فإذا كانت مبتدئة في كلمة الإيقاع لم يقع عليها شيء بدون إجازته وبه فارق صفة البينونة لأن قولها أنت نفسي معناه طلقت نفسي تطليقة بآئنة وأصل الطلاق إنما يقع بقولها طلقت نفسي لا بذكر صفة البينونة وهي في ذلك ممثلة أمره .

قوله فصار كأنها اقتصرت على الأصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بآئنا وهذا لأن الزوج فوض إليها ذات الطلاق مع الوصف وانها أتت بذات ما فوض إليها وخالفت في الوصف فصارت موافقة في الأصل مخالفة في الوصف ولا يجوز إبطال الأصل للوصف فيقع الأصل ويستتبع الوصف الذي ذكر الزوج بحقيقته أنها لو اقتصرت على قولها طلقت في المسئلتين يصلح جوابًا للزوج في وقوع ما أمر به الزوج وقولها بآئنة أو رجعية زائدة فيلغو بخلاف المسئلة المتقدمة فإنها بإيقاع الثلاث لم تأت بعين ما فوض إليها على ما ذكرنا فلا يصلح أن نكون مجيبة

لأنها انت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى
الثانية ان يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية فتقع
بائنة لان قولها واحدة رجعية لغومنها لان الزوج لماعين صفة للمفوض اليها فحاجتها بعد ذلك
الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف

الفراغ عن قوله ثلثا فاذا ثبتت المعايير بينهما في اللفظ والحكم ووقت الوقوع
يكون معرضة عما فوض اليها فيلغو نصار الاصل في هذا ان المرأة تصلح ان تكون
محببة للزوج بما في ضمن كلامه ولا تصلح ان تكون محببة بما في ضمن كلامها لان المتضمن
يثبت على حسب المتضمن فاذا كانت مبثثة في المتضمن لم تصلح محببة فيما في ضمنه
وهذا لان الواحدة من الثلث قائم بهذه الجملة فاذا لم تثبت الجملة لا يثبت ما يقوم بها لان
المتضمن متى لم يثبت كيف يثبت المتضمن كمن شهد انه قال لامرأته انت خلية وشهد آخر انه
قال انت بريئة في حال مذاكرة الطلاق لا يقضي بشيء لان المتضمن لم يثبت فبطل طلب
الموافقة في المضامين وهذا بخلاف ما اذا طلق الزوج الغالانه يتصرف بحكم الملك فصح
تصرفه فيما يملك وانما فيما لا يملك الا ترى ان الزوج اذا طلق امرأته على غير وجه السنة
يقع لانه يحكم الملك ولو قال لها طلقي نفسك للسنة نطلقت لا على وجه السنة لا يقع
لانها ملكك بالتفويض فتملك بقدر ما فوض اليها .

قوله لانها انت بالاصل وهو قولها طلقت نفسي وزيادة وصف وهو قولها واحدة بائنة
فان قيل اذا قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلثا بقولها طلقت
نفسى ثلثا واقعة في قولها طلقت نفسي حتى لو اقتصر على كون ممثلة
وانما خالفته في قولها ثلثا فكان ينبغي ان يلغى الثلث وتكون ممثلة في ايقاع
الواحدة عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه قلنا الطلاق متى قرن بالعدد

لان التعليق بشرط كائن تنجيز ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ماشئت او متى شئت او متى ماشئت فرددت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس اما كلمة متى ومتى ما فلا نهال الوقت وهي عامة في الاوقات كلها كما انه قال في اي وقت شئت فلا تقتصر على المجلس بالاجماع ولوردت الامر لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكاً قبل المشية حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الزمان دون الافعال فتملك التطبيق في كل زمان ولا تملك تظيفا بعد تطبيق واما كلمة اذا واذا ما فهي ومتى سواء عندهما وعند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وان كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت

وهناك ان نوى الزوج الايقاع فكذلك ههنا فان قال احببني الطلاق او اريدي الطلاق او اهوئني الطلاق فقلت كان باطلا وان نوى به الطلاق لان الارادة والمحبة والهوى من العباد نوع تمن فكا انه قال لها تمن الطلاق فقلت تمنيت لا يقع •

قوله لان التعليق بشرط كائن تنجيز اي بشرط ثابت موجود كما اذا قال امرأتي طالق وان كان زيد في الدار والحال انه في الدار يقع الطلاق فان قيل لو كان التعليق بشرط كائن تنجيزا كان تنجيزا فيما اذا قال الرجل هو يهودي ان كنت فعلت كذا امس وهو يعلم انه قد كان فعله ولو كان تنجيزا لوجب تكفيره ولم يجب قلنا قال شيخ الاسلام خواهر زاده رحمة الله تعالى عليه اختلف المشايخ في هذه المسئلة فيمنع ولئن سلمنا فنقول هذه الالفاظ صارت كناية عن اليمين بالله تعالى اذا حصل التعليق بها بفعل في المستقبل فكذا اذا حصل التعليق بفعل في الماضي تحاميا عن تكفير المسلم

ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا يعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدء اذا المشية تنبى عن الوجود بخلاف قوله اردت طلاقك لانه لا ينبى عن الوجود وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي او شئت ان كان كذا الامر لم يجزى بعد لما ذكرنا ان المأتي به مشية معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الامر وان قالت قد شئت ان كان كذا الامر قد مضى طلقت

قوله ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق فان قيل ينبغي ان يقع لانه مسبوق بذكر الطلاق فصار كما نه قال شئت طلاقك فيقع قلنا الكلام المبهم انما ينبى على ما سبق اذا ما اعتبر السابق والسابق هنا غير معتبر لا شغلا لها بما لا يعينها حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدء لان المشية ينبى عن الوجود فمعنى قوله شئت ذاك حصلته وتحصيل الطلاق بايقاعه الا انه لا بد من النية لانه قد يقصد وجوده وقوعا وقد يقصد وجوده ملكا فلا يقع الطلاق بالشك بخلاف قوله اردت طلاقك لان الارادة لغة عبارة عن الطلب قال عليه السلام احمى زائد الموت اى طالبه وفى المثل السائر الزائد لا يكذب اهل اى طالب الكلام وليس من ضرورة الطلب الوجود فان قيل ليس ان الارادة والمشية شيان عند اهل السنة قلنا جاز ان يكون بينهما تفرقة نظرا اليها وتسوية نظرا الى ربنا لان ما شاء او طلبه يكون لامحالة بخلاف العباد وذكر فى المحيط واذا قال لها شئت طلاقك ذكر شيخ الاسلام فى شرحه انه يقع الطلاق ولم يشترط نية الايقاع وفى الميسوط رجل قال لامرأته شائى الطلاق ينوى به الطلاق فقالت قد شئت فهى طالق وان لم يكن له نية فليست بطالق لما بينا ان مشيتها من عمل قلبها كما ختارها فهذا بمنزلة قوله اخبر اى الطلاق فقالت قد اخترت

بخلاف الزمان لان له تعلقاته حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره
 خصوصا وعموما وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة
 معناه قبل المشية فان قالت قد شئت واحدة بائنة او ثلثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال
 لان عند ذلك ثبت المطابقة بين مشيتها وارا دته اما اذا ارادت ثلثا والزوج واحدة
 بائنة او على القلب تقع واحدة رجعية لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج
 وان لم تحضره النية تعتبر مشيتها فيما قالوا اجرا على موجب التخيير قال رضي الله تعالى عنه
 قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وعند همالا تقع مالم توقع المرأة فتشاء
 رجعية او بائنة او ثلثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطبيق اليها على اي صفة
 شئت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها لتكون لها المشية في جميع الاحوال
 اعني قبل الدخول وبعده ولا يبي حنيفة رحمه الله ان كلمة كيف للاستيفاف يقال

ومنى حتى لا يبطل بالقيام فلما جعلها مجازا عن حرف ان اولى لانها اصل في الشرط خالص
 له ومعنى الشرط هو الجامع فجعل مجازا لما هو اصل في الشرط دون اذا ومنى
 لانهما لا يتمحضان للشرطه

قوله بخلاف الزمان لان له تعلقاته لان الطلاق لو وقع يقع في زمان دون زمان واما اذا وقع
 في مكان كان واقعا في جميع الامكنة فلا يكون له تعلق بالمكان لانه لا فائدة في تعلقه بالمكان
 لعدم اختصاصه بالمكان والتعلق بالشيء لبيان الاختصاص به كما في الافعال فوجب اعتباره
 خصوصا كما في انت طالق ان شئت وعموما كما في انت طالق منى شئت **قوله** وان لم تحضره النية
 تعتبر مشيتها حتى لو شئت ثلثا او واحدة بائنة ولم ينو الزوج وقع ما وقعت بالاتفاق
 على اخلاف الاصلين اما على اصل ابي حنيفة رحمه الله فلا نه اقامها مقام نفسه في اثبات
 الوصف والزواج منى او فعرجعا يملك ان يجعله بائنا وثلثا عند ابي حنيفة رحمه الله

لكن الامر صار يدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل ولو قال لها انت طالق
كلما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا لان كلمة
كلما توجب تكرار الافعال الا ان التعليق ينصرف الى الملك القائم حتى لو عادت
اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء لانه ملك مستحدث وليس لها
ان تطلق نفسها ثلاثا في كلمة واحدة لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع
فلا تملك الايقاع جملة وجمعا ولو قال لها انت طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق
حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلا مشية لها لان كلمة حيث واين من اسماء المكان
والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشية فيقتصر على المجلس

قوله اكن الامر صار يدها فلا يخرج بالشك يعني لو نظرنا الى كونه للشرط
يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس ولو نظرنا الى كونه للوقت لا يخرج والامر
كان في يدها فلا يخرج بالشك فان قيل وجب ان يحمل على الشرط في هذه الصورة
تصحح الرد قلنا انما يحمل على الشرط اذا كان الرد صادرا ممن كان التعليق صادرا منه
وهذا الان ارادة الشرط يختص بمن كان التعليق مختصا به دون من كان الرد مختصا
به فلذلك لم يحمل على الشرط تصححا للرد كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** والطلاق
لا تعلق له بالمكان فيلغو فان قيل اذا الغا ذكر المكان يبقى قوله انت طالق ان شئت فينبغي
ان يقع ولا يبطل بالقيام عن المجلس يدل عليه ما لو قال لها انت طالق دخلت الدار يقع
الساعة قلنا يحملها على الشرط لتأخير بين الطرفين والشرط لان كل واحد منهما يفيد ضربا
من التأخير فحملا عليه مجازا عن حرف شرط فان قيل اذا جعل مجازا عن حرف الشرط
فلم يجعل مجازا عن حرف ان حتى يبطل بالقيام عن المجلس ولا يجعل مجازا عن اذا

وان قال لها انت طالق كم شئت او ماشئت طلقت نفسها ماشاءت لا نهما تستعملان للعدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت فان قامت من المجلس بطل وان ردت الا مكران ردا لان هذا امر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضى الجواب في الحال وان قال لها طلقي نفسك من ثلث ماشئت فلها ان تطلق نفسها واحدة او اثنتين ولا تطلق ثلثا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا تطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعمني ماشئت او طلق من نسائي من شئت ولا ابي حنيفة رح ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم

بعض الاوصاف عن التعليق ليصح الاستيصال اولى من تعليق اصل الطلاق بالمشية وتعميم

الاوصاف وفيه ابطال الاستيصال لان الكلام يحتمل التخصيص دون التعطيل •

قوله وان قال لها انت طالق كم شئت او ماشئت طلقت نفسها ماشاءت وذكر في اصل رواية

الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة او اثنتين او ثلثا لم يقم عن مجلسها فان قيل كيف

يباح لها ان يطلق نفسها ثلثا والزوج لا يسعه ان يطلقها ثلثا قلنا قد روى الحسن عن ابي حنيفة

رحمه الله ان ذلك مباح لها في التخيير واحتمل ان يكون المراد بقوله ان شاءت طلقت

نفسها ثلثا مشية العدد لا مشية الاباحة يريد انها تقدر عليه كما يقال في عبد بين اثنين دبر

احدهما نصيبه ان الآخر بالخيار ان شاء دبر نصيبه وان شاء تركه على حاله وان شاء اعتقه

وقد علمنا انه لا يباح له اعتاق نصيبه وانما عني به مشية القدرة لانه لو اعتق نصيبه ضمن للآخر

قيمة نصيبه مدبرا وذكر في الفوائد الظهيرية في المسئلة التي تليها ان المرأة اذا طلقت نفسها

ثلثا على قولها او اثنتين على قول ابي حنيفة رحمه الله لا يكره لانها مضطرة الى ذلك لانها

لو خرجت خرج الامر من يدها بخلاف ما اذا وقع الزوج •

(كتاب الطلاق باب تفويض الطلاق فصل في المشية)

كيف اصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله ووجود الطلاق بوقوعه

فكذا المرأة تملك ان تجعل ما وقع بائنا وثلاثا لان الزوج اقامها مقام نفسه في اثبات الوصف
واما عند هذا فكذا يملك ايقاع البائن والثالث فانه تفويض اصل الطلاق اليها على اي وصف
شاءت وعلى هذا الخلاف لو قال انت حركيف شئت يعتق عنده في الحال وعندهما يتوقف
على المشية والحاصل ان اصل الطلاق لا يتعلق بمشيتها عنده وانما يتعلق صفته وعندهما يتعلق
اصل الطلاق ووصفه بمشيتها لهما ان هذا تفويض الطلاق اليها على اي وصف شاءت وانما
يكون كذلك اذا يتعلق اصل الطلاق بمشيتها اما اذا لم يتعلق لا يقع كيف شاءت بل
يقع على خلاف ما شاءت لانه يقع رجعا وما شاءت ان يكون رجعا وهذا لان كيف
للاستيفاف عن الشيء فاذا اضافها الى المشية لمضافته الى الطلاق فقد علق جميع اوصاف
الطلاق بالمشية وان يصير جميع الاوصاف معلقة بالمشية الابد ان يصير اصل الطلاق
معلقا بها لانه منى وقع اصل الطلاق في الحال لا بد وان يستصحب بعض اوصافه
لاستحالة وجود اصل الطلاق في الواقع بدون الوصف ولانه لو لم يتعلق اصل الطلاق
لغا قوله كيف شئت في غير المدخول بها لانها لا تشتغل باثبات الوصف بعده
وله ان كيف للاستيفاف وذا لا يتصور الابد وجود اصله الا ترى الى قول القائل يقول

خليلي كيف صبرك بعدنا فقلت وهل صبرفتسأل عن كيف

فاذا كان الاستيفاف يستدعي وجود الموصوف يقع اصل الطلاق قبل المشية قضية
للاستيفاف لكن يثبت ادنى اوصافه ضرورة ان اصله لا ينفك عن وصفه ويتعلق ما وراه
بالمشية وهذا لان قوله انت طالق ايقاع فلو ثبت التعليق بمشيتها انما ثبت ضرورة التخيير
واذا دخل في الوصف لا في الذات وهذه اوصاف تنفك عن الذات فلم يكن من ضرورة
تعلقها بالمشية تعلق لذات بها وما قاله اولى لان اثبات الموصوف وان كان فيه تخصيص

فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاءه الى وقت وجود الشرط

فلا يملك تعليقها وهذا لان تأثير الشرط في تأخير النوع الى وجوده ومنع ما لولا ان كان طلاقا وهذا الكلام لولا الشرط ان كان لغوا لاطلاقا لان الطلاق يستدعي اهلية في الموضع وملكا في المحل ثم قبل الاهلية لا يصح التعليق مضافا الى حالة الاهلية كما اصبي اذا قل لامرأته اذا بلغت فانت طالق فكذلك قبل ملك المحل لا يصح مضافا وبهذا تبين انه تصرف يختص بالملك فايجاب قبل الملك يكون لغوا كما لو باع الطير في الهواء ثم اخذه قبل قبول المشتري وانما التعليق بالشرط يمين فلا يتوقف صحته على ملك المحل كاليمين بالله وهذا لان اليمين تصرف من الحالف في ذمة نفسه لانه يوجب البر على نفسه حملا او منعاً والملك في المحل شرط الطلاق والمحلوف به ليس بطلاق وانما يكون طلاقا بالوصول الى المرأة وما دام يميناً لم يلاق المرأة وانما يعدى حكمه الى المحل عند ارتفاع اليمين لوجود الشرط فشرط الملك في المحل حينئذ وهو ثابت ولكن المحلوف به ما سيصير طلاقا عند الشرط بوصوله اليها وهذا كما لرمي فان عينه ليس بقتل والترس ليس مانعاً ما هو قبل ولا مؤخرانه بل هو مانع ما سيصير قتلاً اذا وصل الى المحل ولما كان التعليق مانعاً من الوصول الى المحل ولا يكون التصرف معتبراً الا بركنه ومحلّه لا يكون طلاقاً قبل الوصول الى محله فاذا وجد الشرط صار طلاقاً بالوصول الى محله وبه فارق ما لو قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق فان المحلوف به هناك غير موجود ولا يتحقق لوجوده عند وجود الشرط لان دخول الدار ليس بسبب ملك الطلاق ولا هو ملك لطلاقها في الحال حتى يستدل به على بقاء الملك عند وجود الشرط اما ههنا فيتبين بوجود المحلوف به لان الزوج سبب ملك الطلاق ولو كان المحلوف به موجوداً بطريق الظاهر بان قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق انعقدت اليمين وان كان من الجائزان يكون دخولها بعد زوال الملك

فعمل بهما وفيما استشهدا به ترك التبعض بدلالة اظهار السماحة او لعموم الصفة وهي
المشقة حتى لو قال من شئت كان على الخلاف والله تعالى اعلم بالصواب .

باب الايمان في الطلاق

واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامرأة ان
تزوجني فانت طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي
رحمه الله تعالى لا يقع لقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح ولنا ان
هذه تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال
لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك اثره المانع وهو قائم بالمنصرف
والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل ما ثور عن السلف كالشعبي والزهري
وغيرهما واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار

قوله فعمل بهما اي بالتبعض والعموم فان الشئين عام بالنسبة الى الواحدة وبعض بالنسبة
الى الثلث **قوله** بدلالة اظهار السماحة في قوله كل من طعمي ما شئت **قوله** او لعموم
الصفة اي في قوله من نسائي من شئت لانه وصفها بالمشقة وهي عامة كما في قوله لا اكلم
الارجال كوفيا لا يحث بالتكلم بجميع رجال كوفة والله تعالى اعلم بالصواب .

باب الايمان في الطلاق

قوله واذا اضاف الطلاق الى النكاح اي علق وقال الشافعي رح لا يقع لقوله عليه السلام
لا طلاق قبل النكاح روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما انه خطب امرأة
فابى اولياؤها ان يزوجها منه فقال ان نكحتها فهي طالق ثلثا فسنل من ذلك رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح والمعنى فيه انه غير مالك لتنجيز الطلاق

والظهور باحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه
ظاهراً عند سببه فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار
لم تطلق لان التحالف ليس بمالك وما اضافه الى الملك وسببه ولا بد من واحد منهما
 والفاظ الشران واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما لان الشرط مشتق من
 العلامة وهذه الفاظ مما تليها افعال فتكون علامات على الحث ثم كلمة ان صرف
 للشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وماورها ملحقة بها وكلمة كل ليس شرطاً حقيقة
 لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزء والاجزى تتعلق بالافعال الا انها احقت
 بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشترته فهو حر
قال رضي الله تعالى عنه ففي هذه الفاظ اذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين
 لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه

على حمل نفسه على الفعل او منعها عنه حذر من ان يلحقه لزوم الكفارة عند الحث ولهذا
 ممي باليمين ايضاً ذكر شرط وجزاء لوجود معنى الحمل او المنع فيه حذر من
 ان يلزمه الجزاء وهو الطلاق او العناق فان قيل اذا قال لامرأته اذا حضت فانت
 طالق فهذا يمين وليس فيه معنى الحمل او المنع قلنا العبرة للغالب الشائع
 ولا معتبر للانفراد •

قوله والظهور باحد هذين اي كونه غالب الوجود في الملك او في الاضافة الى الملك
 قوله لان الشرط مشتق من العلامة في الصحاح الشرط بالتحريك هو العلامة واشراط
 الساعة علاماتها فعلى هذا معنى قوله مشتق من العلامة مشتق من الشرط الذي
 هو بمعنى العلامة •

فصح يميناً وإيقاعاً ولا تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون المحالف مالكاً وبضيفه إلى ملكه
لأن الجزء لا بد أن يكون ظاهراً ليكون مخيفاً فيتحقق معنى اليمين وهو القوة

فإذا كان المحلف به متيقناً بوجوده عند وجود الشرط أو لا أن ينعقد اليمين
وبأن كان لا يملك التنجيز لا يدل على أنه لا يملك التعليق كمن قال لجاريته
إن ولدت ولداً فهو حر صريح وإن كان لا يملك تنجيز العتق في الولد المعدوم وكمن
قال لامرأته الحائض إذا طهرت فانت طالق كان هذا طلاقاً سنة وإن كان
لا يملك تنجيزه في الحال وهذا بخلاف الأهلية في المتصرف لأنه لا بد منه في تصرف
اليمين كما لا بد منه في تصرف الطلاق فاما المملك في المحل فمعتبر للطلاق دون
اليمين وهذا بخلاف البيع فإن الإيجاب أحد شطري البيع وتصرف البيع قبل
المملك لغو فاما الإيجاب ههنا فتصرف آخر سوى الطلاق وهو اليمين وتأويل
الحديث ما روي عن مكحول والزهرري وسالم والشعبي رحمهم الله أنهم قالوا كانوا
في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيذاً ويعدون ذلك طلاقاً فنفى رسول الله عليه
السلام ذلك بقوله لا طلاق قبل النكاح وحديث عبد الله بن عمرو وغير مشهور ولو ثبت
فمعنى قوله أن نكحتها أي وطئها لأن النكاح حقيقة للوطئ وبهذا لا تحصل إضافة
الطلاق إلى المملك عندنا كذا في المبسوط •

قوله فصح يميناً أي عندنا أو إيقاعاً عند الشافعي رحمه الله تعالى عليه وحاصل
الاختلاف أن المعلق بالشرط لا ينعقد سبباً والتعليق تصرف في السبب بإعدامه إلى
زمان وجود الشرط عندنا وعند من ينعقد سبباً وأثر التعليق في تأخير الحكم فكان إيقاعها
ولكن لم يثبت حكمه في الحال **قوله** لأن الجزء لا بد أن يكون ظاهراً أي غالب الوجود
ليكون مخيفاً فيتحقق معنى اليمين وهو القوة وإنما ممي الحلف يميناً لأن المحالف يتقوى

لما قلنا وان وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية فان اختلفا في الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكروا نوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت طالق وفلانته فقالت حضت طلقت هي ولم تطلق فلانته ووقوع الطلاق استحسان والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان انها امانة في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها شاهدة في حق ضررتها بل هي منهمة فلا يقبل قولها في حقها

قوله لما قلنا اشارة الى قوله وبقاء اليمين به وبالشرط **قوله** كما في الدخول اي في دخول الدار والقياس ان لا يقع الطلاق عليها بقولها لانها تدعي شرط النكاح على الزوج ووقوع الطلاق وهو منكر فيكون القول له ولا يصدق بلا حجة كما لو علق طلاقها بدخول الدار وجه الاستحسان ان هذا الامر لا يعرف الا من قبلها وقد ترتب عليه حكم شرعي فيجب عليها ان تخبر كما لا يقع في الحرام اذ صيانة نفسها وزوجها عن المحرم واجبة ولما كانت الصيانة واجبة كان طريق الصيانة وهو اخبارها واجبا وهي المنعنة لا فامة هذا الواجب فيجب قبول قولها وهذا لانها مأمورة باظهار ما في رحمها لان الكتمان حرام ليخرج عن عهدة الواجب ولانها صارت امانة من امناء الشرع فيجب قبول قولها لقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن وقد تعلق بالاظهار احكام شرعية فصارت مأمورة بالاظهار ضرورة فاذا صارت مأمورة بالاظهار يجب قبول قولها ليفيد الاظهار ومتى وجب قبول قولها وجب ترتيب الاحكام عليها اذ هو المعنى بالقبول ولهذا قبل قولها

الا في كلمة كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قل الله تعالى كلما نصجت جلودهم
الاية ومن ضرورة التعميم التكرار *

قال فان تزوجها بعد ذلك اي بعد زوج آخر وتكرار الشرط لم يقع شيء
لان باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء
اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى
ولود خلت على نفس الزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق
يحتم بكل امرأة وان كان بعد زوج آخر لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من
الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور *

قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء
محل فبقي اليمين ثم ان وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق
لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا يبقى اليمين

قوله الا في كلمة كلما قال العلامة شمس الدين الكردي رحمه الله لا فرق بين
كلمة كل وكلمة كايين حيث وحيثما واكن نشأ الفرق بينهما من وجه آخر
وهو ان كلمة كل دخلت على المرأة فيوجب عموم ما دخلت عليه فتعم اعيان
النساء فاذا تزوج امرأة انحلت اليمين في حقها لما انها اصابته من كلمة
كل حصتها فكانها هي المحلوف عليها فقط فاذا تزوجها ثانيا فقد تزوجها
بعد انحلال اليمين فلا يقع كالموتال ان تزوجت امرأة فهي طالق فلا تطلق ثانيا بالتزوج
الثاني واما كلما فانها دخلت على الزوج فيقتضي عموم الزوج ويلزم من عموم الزوج عموم
النساء لان الفعل يفتقر الى العين ولا يلزم منه من عموم النساء عموم الزوج في كلمة كل
لان العين لا يفتقر الى العرص

ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تجب التخليص منه بالعذاب وفي حقها ان
تعلق الحكم باخبار ما وان كانت كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل وهي المحبة
واذا قال لها اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلثة ايام
لان ما ينقطع دونه لا يكون حیضا فاذا تمت ثلثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت
لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حیضا من الابتداء ولو قال لها اذا حضت
حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تظهر من حیضها لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها

لا من قبلها ولا من قبل غيرها لان القلب منقلب لا يستقر على شيء فما لم يوقف
عليه يتعلق الحكم بدليله كما لسفر مع المشقة والنوم مع الحدث فصار
كل الشرط هو الاخبار عن المحبة وقد وجد فتبعه حكمه فاما الحيض فان
له حقيقة وايا ما معلومة فيتعلق الحكم به فاذا اخبرت كاذبة لا يقع فيما بينه
وبين الله تعالى كذا في المبسوط لغرض الاسلام رحمة الله تعالى عليه .

قوله ولا يتيقن بكذبها جواب سؤال وهو ان يقال لما كان قبول قولها في حقها
باعتبار الصدق فاذا اخبرت بمحبة العذاب ونحن نتيقن بكذبها في ذلك
وجب ان لا يقبل قولها اصلا فيقال لم نتيقن بكذبها في ذلك فان الجاهل
قد يختار العذاب على ما يبغضه فلعلها لشدة بغضها زوجها وجهلها بمقدار اثم
العذاب يختار ذلك فلم تكن كاذبة قطعا **قوله** فاذا تمت ثلثة ايام حكمنا
بالطلاق من حين حاضت وفائدة هذا تظهر فيما اذا كانت المرأة غير مدخولة بها
فانها لما رأت وتزوجت بزواج آخر واستمر بها الدم ثلثة ايام كان النكاح صحيحا
لا نقطعها من الزوج باول ما رأت لا الى عدة وتظهر ايضا فيما اذا قال ان حضت
فعبدني حر والمسئلة بحالها كان العبد حراما من حين رأت الدم حتى كان الاكمام
للعبدة وتظهر ايضا في حق الجنابة منه وعليه .

وكذلك لو قال ان كنت تحبيني ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق
وعبدى حرف قالت احبه او قال ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت
احبك طلقت هي ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبته لما قلنا

في حق العدة اذا اخبرت بانقضائها بالحيض في مدة تنقضي في مثلها حتى يبطل حقه
في الرجعة وفي حق حرمة وطئها اذا اخبرت برؤية الدم وحل الوطئ اذا اخبرت بانقطاع
الدم وكان ينبغي ان يقع الطلاق عليها لانا حكمنا بوجود الشرط بقولها وطلاق صاحبته اجزاء
وهذا شرط لطلاتها ولكننا ندع القياس ونوقع الطلاق عليها دون صاحبته بقولها حتى
يعلم انها حاضت حقيقة لانا انما قبلنا قولها بطريق الضرورة ليمخرج عن عهدة الواجب وليقع
التفصي عن الحرام ولا ضرورة في حق صاحبته والحكم بنوع الطلاق في حقها لا يكون
حكما بوجود الشرط في حق صاحبته لانها شاهدة في حقها بل متهمة فيجعل كان الطلاق
وقع عليها لا بقضية الشرط في حق صاحبته وغير ممتنع ان يهمل قول شخص في حق نفسه
ولا يقبل في حق غيره كاحد الورثة اذا اقر يد بين على الميت لرجل وكذبته بقية الورثة
وكما اذا ثبت الملك للمصنوع باقرار المشتري لم يرجع على البائع بالثمن •

قوله وكذلك لو قال ان كنت تحبيني الى قوله ولا تطلق صاحبته غير ان هذه المسئلة تفارق
المسئلة الاولى بوجهين أحدهما ان هذا يقتصر على المجلس ان اخبرت بذلك في المجلس يقع
ولا يقع في غير ذلك المجلس لانه اثبت التخيير حيث جعل الامر الى اختيارها بمحبته وفي
مسئلة الحيض لا يقتصر لانه ليس فيه معنى التمليك بل هي نظيرة سائر التعليقات فلا يقتصر
على المجلس والثاني انها لو كانت كاذبة فيما قالت لا يقع الطلاق فيما بينه وبين الله تعالى في مسئلة
الحيض وامافي مسئلة المحبة فيقع لان حقيقة المحبة والبغض مما لا يؤتف عليهما من قبل احد

وقد وجد الصوم بركنه وشرطه ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة
واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما اول لزمه
في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة بالولد الاخير لانها ولدت الغلام أولا
وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع اخرى به لانه حال انقضاء العدة
ولو ولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء
آخربه لما ذكرنا انه حال الانقضاء فاذا في حال تقع واحدة وفي حال تقع ثنتان فلا تقع الثنتان
بالشك والا ولي ان يأخذ بالثنتين تنزهها واحتياطاً والعدة منقضية بيقين لما بينا
وان قال لها ان كلمت ابا عمرو ابا يوسف فانت طالق ثلثا فطلقتها واحدة فبانت وانقضت
عدتها فكلمت ابا عمر ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلثا مع الواحدة الاولى
وقال زفر رحمه الله لا يقع وهذه على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر
او وجد في غير الملك فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع
ايضاً لان الجزء لا ينزل في غير الملك او وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك
وهي مسئلة الكتاب الخلافية لها اعتبار الاول بالثاني

قوله وقد وجد الصوم بركنه وهو الا مساك عن المفطرات نهاراً وشرطه وهو النية والاهلية
قوله فولدت غلاماً وجارية ان علما ان الغلام اول طلقت واحدة وانقضت
عدتها بالجارية فلا يقع شيء وان علما ان الجارية اول طلقت ثنتين وان اختلفا فالقول
قول الزوج لا نكارة الزيادة وان قال لا ندري طلقت واحدة فضاء وفي التنزه ثنتان
وان ولدت غلاماً وجارين في بطن واحد فان علم انها ولدت الجارينين اولاً
فهي طالق ثنتين بولادة الاولى منهما وقد انقضت عدتها بولادتها الغلام وان ولدت
الغلام اولا طلقت واحدة بولادتها الغلام وتطليقتين بولادة الجارية الاولى

(كتاب الطلاق ... باب الايمان في الطلاق)

ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر واذ قال انت طالق
اذ اصمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصومه لان اليوم اذ قرن
بفعل يمتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال لها اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار

قوله ولهذا حمل عليه اي على الحيضة الكاملة في حديث الاستبراء وهو قوله
عليه السلام الا لا توطأ الحبال حتى يضعن حملهن ولا الحبال حتى يستبرئن
بالحيض وكان الحيض بانتهائه وذلك بانقطاع الدم اذا كان ايامها عشرة
او بالانقطاع والغسل وما يقوم مقام الغسل اذا كانت ايامها دون العشرة وانما يقبل قولها
اذ اخبرت بالحيض او الطهر الذي هو شرط وقوع الطلاق وهي في تلك الحالة اما اذا
لم تكن موصوفة بها فلا يصدق ببيانها اذا قال لامرأته ان حضت حيضة فانت طالق فمكثت
عشرة ايام ثم قالت المرأة حضت حيضة فطهرت واغتسلت وكذبها الزوج بالقول في ذلك
قولها واما اذا قالت بعد تطاول الزمان حضت وطهرت وانا الآن حائض بحيضة اخرى
لا يقبل قولها ولا يقع الطلاق عليها لانها اخبرت عما هو شرط وقوع الطلاق حال فواتها
وانعدامها واذ قال لها ان حضت فانت طالق فمكثت خمسة ايام ثم قال قد حضت منذ خمسة
ايام وانا الآن حائض وقع عليها الطلاق ولو قالت حضت وطهرت لا يصدق اذ كذبها الزوج
والمعنى فيه هو ان الله تعالى جعل المرأة امينة فيما يخبر فيه من الحيض والطهر ضرورة اقامة
الاحكام المتعلقة بها فمادامت الاحكام قائمة كان الايمان قائما من جهة الشرع فتصدق واذا
كانت الاحكام منقضية كان الايمان فائتا لا تصدق وهذا بخلاف المودع اذا قال رددت لوديعة
او هلكت فانه يصدق ولا يشترط ان تصدقه فيما اخبر به قيام الامانة لان المودع صار امينا من جهة
صاحب المال صريحا وبتداعا لا ضرورة اقامة الاحكام فان صاحب المال ايتنمى مطلقا اما المرأة
انما صارت امينة فيما يخبر من الحيض والطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بها على ما ذكرنا

وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ثم قال انت طالق ثلاثا فتزوجت غيره
 ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر رحمة الله تعالى عليه
 يقع الثلث لان الجزاء ثلث مطلق لا طلاق الملفظ وقد بقي احتمال وقوعها فيبقى اليمين
 ولنا ان الجزاء طلاقات هذا الملك لانها هي المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث
 واليمين تعقد للمنع او الحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلث
 المبطل للمحلية فلا يبقى اليمين بخلاف ما اذا اباها لان الجزاء باق لبقاء محله
 ولو قال لامرأته اذ اجامعتك فانت طالق ثلاثا فاجامعها فلما التقى الختانان وبثت ساعة
 لم يجب عليه المهر وان اخرجته ثم ادخله وجب عليه المهر وكذا اذا قال لامنه
 اذ اجامعتك فانت حرة وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه اوجب المهر

اذا علق طلاقها بالشرط فابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها ووجد الشرط فانها تطلق بالاجماع
 وهي مسئلة الهدم فيما دون الثلث وثمره الخلاف تظهر فيما اذا علق الواحدة بدخول
 الدار ثم نجس طلقين وتزوجت بزواج آخر فعادت الى الاول ودخلت الدار تثبت الحرمة
 الغليظة عند محمد رحمة الله لعدم الهدم وعندهما لا يثبت لتحقيق الهدم
قوله وقد بقي احتمال وقوعها اي بنكاحها ثانيا بعد تزوجها بزواج آخر **قوله** ولنا ان الجزاء
 طلاقات هذا الملك الطريق المعتمد فيه ان يقول بوقوع الثلث عليها خرجت من ان يكون محلا
 للطلاق لان الطلاق مشروع لرفع الحمل وقد ارتفع الحمل بالتطبيقات الثلث وفوت محل
 الجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بان قال ان دخلت هذه الدار ثم جعل الدار
 بهتانا او حماما لا يبقى اليمين وكذا قال ان كلمت فلانا فامرأته طالق فمات فلان فان قيل
 اليس انه لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار يعتق مع

اذهما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزء غالب الوجود لاستصحاب الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك اذ بقاءه لمحله وهو الذمة وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بهائم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلثا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد ورحمة الله تعالى عليه هي طالق بما بقي من الطلقات وهو قول زفر رحمه الله تعالى عليه واصله ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلث عندهما فتعود اليه بالثلث وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى لا يهدم ما دون الثلث فتعود اليه بما بقي وسنين من بعد ان شاء الله تعالى

وقد انقضت عدتها بولادة الاخرى وان ولدت احدى الجاريتين اولا ثم الغلام ثم التجارية طلقت تطبيقين بولادة التجارية والثالثة بولادة الغلام قد انقضت عدتها بولادة الاخرى كذا في المبسوط ولو قال ان كان حملك هذا جارية فانت طالق واحدة وان كان غلاما فنتين فولدتها ما لم يقع لان الحمل اسم لجميع ما في البطن وما في البطن ليس بغلام ولا جارية فلم يوجد شرط الحث الا ترى انه لو نظر الى جوالق فقال ان كان ما فيه حنطة فامرأتي طالق وان كان ما فيه دقيقا فعبدتي حرنا ذافيه دقيق وحنطة لم تطلق ولم يعتق ولو قال ان كان ما في بطنك لزماه لوجود الشرطين والمراد بالنزوة النبا عدمه من مظان الحرمة .

قوله اذهما في حكم الطلاق كشيء واحد من حيث ان الطلاق لا يقع الا بهما فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ولو كان شرطا واحدا لما وقع في غير الملك فكذلك **هنا قوله** الا ان الملك يشترط حالة التعليق جواب سؤال وهو ان يقال لما كان محل اليمين الذمة ينبغي ان لا يشترط الملك وقت التعليق فاجاب بذلك **قوله** وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك كما

فصل في الاستثناء

واذا قال الرجل لامرأته انت طالق ان شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق او عناق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به فلا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم هنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط ولو سكت يثبت حكم الكلام الاول

فصل في الاستثناء

قوله واذا قال الرجل لامرأته انت طالق ان شاء الله تعالى لم يقع اختلاف في ان هذا الكلام شرط او ابطال قال ابو يوسف رحمه الله شرط وقال محمد رحمه الله ابطال لان الشرط اعدام السبب الى زمان وجود الشرط وهذا اعدام اصلا فلا يكون شرطا فابو يوسف رحمه الله اعتبر اللفظ محمد رحمه الله اعتبر المعنى وثمره الخلاف تظهر فيما اذا جمع بين يمينين فقال انت طالق ان دخلت الدار وعبدي حران كلمت زيدا ان شاء الله تعالى قال ابو يوسف رحمه الله يعود الى الجملة الثانية لان الجملة الاولى كاملة في حق التعليق وقال محمد رحمه الله يعود اليهما لان الاولى ان كانت كاملة من حيث التعليق نافية من حيث اتصال الابطال بهان انصرف الابطال اليهما بخلاف ما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق وان كلمت فلانا فعبدي حران جاء فلان حيث ينصرف الى الاخيرة بالاتفاق ولو قال انت طالق وعبدي حران شاء الله انصرف اليهما بلا خلاف لانه ان اعتبر شرطا كما قال ابو يوسف رحمه الله انصرف اليهما واذا اعتبر نفيا وباطالا كما قاله محمد رحمه الله فكذلك وتظهر ثمرة الخلاف ايضا فيما اذا قال لامرأته ان حلفت بطلائك فعبدي حرثم قال لها انت طالق

(كتاب الطلاق باب الايمان في الطلاق)

في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب عليه الحد
 للاتحاد وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا دوام للدخال بخلاف
 ما اذا اخرج ثم اولى لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب بشبهة الاتحاد
 بالنظر الى المجلس والمقصود واذ لم يجب الحد وجب العقراذ الوطى لا يخلو عن احدهما
 ولو كان الطلاق رجعيا يصير مرا جعا باللباث عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد
 رحمه الله لوجود المساس ولونزع ثم اولى صا ر مرا جعا بالا جماع لوجود الجماع
 والله تعالى اعلم بالصواب *

انه بالبيع لم يبق العبد محلا ليمينه وكذلك بقيت محلا للظهار بعد الطلقات الثلاث كما اذا قال
 لها ان دخلت الدار فانت على كظهر امي فبانت بالثلاث ثم عادت اليه بعد زوج آخر
 فدخلت الدار يثبت الظهار ولو طلقها ثنتين في مسئلتنا ثم عادت اليه بعد اصابة زوج آخر
 فدخلت الدار تطلق ثلثا ولو تقيد الجزاء بذلك المملك لما عتق في المسئلة الاولى ولما وقع الظهار
 ولما طلقت ثلثا هنا بل وقعت واحدة فلنا العبد بصفة الرق محل للعنق وبالبيع لم يفت
 تلك الصفة حتى لو فانت بالعنق لم يبق اليمين واما الثاني فان محلية الظهار لا ينعدم
 بالطلقات الثلاث لان الحرمة بالظهار وغيبا لحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة
 الى وجود الكفارة وهذه حرمة الى وجود ما يرفعها وهو الزوج الثاني واما اذا طلقها ثنتين
 فالمحل باق اذا لمحلية باعتبار صفة الحل وهي قائمة بعد الثنتين فيبقى اليمين وقد استفاد
 من جنس ما انعقد عليه اليمين فسرى اليه حكم اليمين تبعاً وان لم ينعقد اليمين عليه قصداً
قوله في الفصل الاول اي فيما اذ البت بعد الايلاج ولم يخرج لوجود الاستمتاع
 في غير المملك **قوله** لوجود الجماع بالدوام عليه لان الجماع عبارة عن الاجتماع
 وهو ثابت بالدوام عليه والله تعالى اعلم بالصواب •

والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثبوت هو الصحيح ومعناه انه تكلم
بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة الا تسعة
فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده

قوله والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثبوت اي تكلم بما بقي من المستثنى منه
بعد الاستثناء **قوله** هو الصحيح هذا احتراز عن قول بعضهم ان الاستثناء من الاثبات نفى
ومن النفي اثبات وهذا ينزع اليه ان في الاستثناء معنى المعارضة وذلك فاسد لما عرف في
اصول الفقه **قوله** ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اي بما بقي من المستثنى منه
قوله استثناء البعض من الجملة اي لما صح ذلك لم يفرق بين ان يكون المستثنى اقل او اكثر
خلافًا للفرء فانه يقول لا يصح استثناء الاكثر لانه لم يتكلم به العرب فلم يصح عنده
قوله انت طالق ثلثا الاثنتين لانه استثناء الاكثر وروي عن ابي يوسف رحمه الله ايضا انه
لا يصح هذا الاستثناء لان الاستثناء بيان فان من قال جاء نبي القوم الافلانا كان
بيانا للجائين بطريق الاختصار اذ لو اشتغل ببيان من جاء لطل الكلام وهذا
انما يتحقق في استثناء القليل من الكل لا في استثناء الكثير منه وفي ظاهر الرواية
لا فرق لان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثبوت ولا فرق في هذا بين القليل والكثير
بل شرط صحته ان يبقى وراء المستثنى شيء ليصير متكلما به واذا قال انت طالق
ثلثا الانصف تطليقة قبل على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه تطلق ثنتين لان
التطليقة كما لا تجزى في الايقاع لا تجزى في الاستثناء فصا ركانه قال الا واحدة
وعند محمد رحمه الله تعالى عليه تطلق ثلثا لانه لما استثنى نصف تطليقة صار كلامه
عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلثا

فيكون الاستثناء اذ ذكر الشرط بعده رجوعاً عن الاول قال رضي الله تعالى عنه
وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله تعالى لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون ايجاباً
والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء
وان قال انت طالق ثلثاً الا واحدة طلقت ثنتين وان قال انت طالق ثلثاً لاثنين طلقت واحدة

ان شاء الله يحنث عند أبي يوسف رحمه الله لانه يمين وقال محمد رحمه الله
لا يكون يمينا ولا يحنث وذكر في شرح الطحاوي ان قوله ان شاء الله تعالى
كما يبطل الكلام الذي قبله كذلك لو قال ان لم يشاء الله تعالى او قال ما شاء
الله تعالى وكذا اذا علق بمشيئته من لا يظهر مشيئته لنا كما اذا قال انت طالق
ان شاء الله تعالى او الحنث او هذا الحائط .

قوله فيكون الاستثناء أي على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه **قوله** اذكر
الشرط أي على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه على اختلاف التخريجين
والحكم واحد في قوله انت طالق ان شاء الله تعالى **قوله** والموت ينافي الموجب
دون المبطل لان الموجب يقتضي المحل وبالموت يبطل المحل فينافي فيه والمبطل يلزم
الموت في ابطال الموجب فلا ينافي في الموت المبطل **قوله** بخلاف ما اذا مات الزوج
أي بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق وانما يعلم
ذلك فيما اذا قال قبل الايقاع اني اطلق امرأتي واستثنى وذكر في المحيط فعلى قياس
مسئلة النوازل قالوا ان من حلف واراد ان يقول في آخره ان شاء الله فسد انسان فمعه انه يكون
استثناء تاويله اذا ذكر الاستثناء بعد رفع اليد من فمه متصلاً به وقد وجدنا في نوادر هشام
انه قال سألت محمداً عن قال لامرأته انت طالق ثلثاً وهو يريد ان يستثنى فامسكت
بعقه بحالت بينه وبين الاستثناء قال يلزمه الطلاق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى

باب طلاق المريض

إذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقاً بائناً فماتت وهي في العدة ورثته وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها وقال الشافعي رح لا ترث في الوجهين لأن الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها إذا ماتت ولنا أن الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوجه قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها

باب طلاق المريض

قوله إذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقاً بائناً قيد بالبائن لأن في الطلاق الرجعي إذا مات الزوج وهي في العدة ترث أيضاً لكن لا باعتبار القرار بل باعتبار أن حكم النكاح باق من كل وجه وبمرض الموت لأنه إذا طلقها بائناً في صحته أو في مرضه ثم صح ثم مات لا ترث وبغير الرضاء لأنه إذا كانت برضاؤها لا ترث وبالموت في العدة لأنه إذا مات بعد انقضاء العدة لا ترث وقال ابن أبي ليلى ترث منه وإن مات بعد انقضاء العدة وقال مالك رحمه الله لا ترث وإن مات بعد ما تزوجت بزوجه آخر وقال الشافعي رحمه الله لا ترث في العدة وبعدها وهو القياس لنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم بتوريث امرأة الفاروق صح أن عثمان رضي الله عنه ورث تماضراً امرأة عبد الرحمن بن عوف وكان طلقها في مرضه فإن قيل لا إجماع فقد قال ابن الزبير في حديث تماضر لو كان الأمر لي لما ورثتها فلنا معنى قول ابن الزبير ما ورثتها لجهلي بوجه الاستحسان فبين أنه كان يخفى عليه ما لم يخف على عثمان رضي الله تعالى عنه وفي بعض الروايات أنها سألته الطلاق فمعنى قوله ما ورثتها لأنها سألت الطلاق وبه نقول ولكن توريث عثمان رضي الله عنه إياها بعد سؤال الطلاق دليل على أنه كان يورثها قبله وقد قيل هي سألته الطلاق ولكن قال لها إذا طهرت فاذا نني فكما طهرت اذننه وبهذا لا يسقط ميراثها *

ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شيء يصير منكلما به وصار فاللفظ اليه وانما يصح الاستثناء اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل واذا ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثاني واحدة فتقع واحدة ولو قال الاثلاث يقع الثلث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء والله تعالى اعلم بالصواب .

قوله ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى شيء يصير منكلما به فبقي كلامه الاول كما كان فيقع الثلث وظن بعض اصحابنا رحمهم الله ان استثناء الكل رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح وهذا وهم منهم لانه بطل استثناء الكل في الوصية ايضا مع ان الوصية تحتمل الرجوع فدل ان الطريق ما قلنا ولو قال انت طالق ثلثا الواحدة وواحدة وواحدة عند ابي حنيفة رحمه الله تطلق ثلثا لانه عطف بعض الكلمات على البعض والعطف للاشتراك وعند ذلك صار مستثنى للكل فكأنه قال الاثلاث وهو الظاهر من قول ابي يوسف رحمه الله وروى عنه انه يقع واحدة وهو قول زفر رحمه الله لانه لما قال الواحدة وواحدة كان مستثنى للثنتين فكان صحيحا وانما بطل استثناء الثالثة فقط كذلك في المبسوط وذكر في زيادات المصنف رح ان استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك اللفظ اي بعين لفظ المستثنى منه واما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ يصح وان كان هو استثناء الكل من الكل وكذلك لو قال ثلث مالي لزيد الا الف وثلث ما لي الف صح الاستثناء وذكر في المحبطين والذخيرة وذكر القدوري في شرحه اذا وقع اكثر من ثلث ثم استثنى كان الاستثناء من جملة الكلام لا من جملة الثلث التي تحكم بوقوعها وروى عن محمد رحمه الله في النوادر نسائي طوالق الافلافة وفلافة وفلافة وليس له من النسوة سواهن صح الاستثناء وفي البقالي اذا قال كل امرأة لي طالق الا هذه وليس له غيرها لم تطلق والله تعالى اعلم بالصواب .

والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسئلة الاولى
ولابي حنيفة رحمه الله في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح
باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعا على الاقرار بالفرقة وانقضاء
العدة لبراءة الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فردناها ولا تهمة في
قدر الميراث فصحناه

اي فيما اذا لم يرض الزوج بطلان حقه وماتت وهي في العدة بان كنت ابن زوجها
لا ترث فقيما اذا رضي به وهو مانحن فيه اولى ان لا ترث .

قوله والحكم يدار على دليل التهمة لان التهمة امر مبطن لا يوقف عليها
فادير الحكم على دليلها وهو قيام العدة فوجب تحقيق حكم التهمة عندها
قوله ولهذا يدار اي ولان الحكم وهو عدم صحة الاقرار والوصية تدار على التهمة
يدار هذا الحكم على النكاح والقرابة اي لا يجوز وصيته ولا اقراره لمنكوحته ولا لقريبه
قوله ولا تهمة في قدر الميراث قال بكر رحمه الله ما تأخذه تأخذه بطريق الميراث لا بطريق
الدين اذ لو كان بطريق الدين لكان النومي على الورثة ما دام شيء من التركة قائما
وكذا لو طلبت ان تأخذ دنائير والتركة عروض ليس لها ذلك ولو كان ما تأخذه بطريق
الدين لكان لها ذلك ولو ارادت ان تأخذ من ميراث التركة ولا يعطيها الورثة ليس لها
ذلك وتعامل فيه بناء على زعمها لان في زعمها ان ما تأخذه تأخذه بطريق الدين
فالحاصل ان الشرع رجع جانب الورثة ان اختاروا ان يعطوها من ميراث
التركة لهم ذلك وان اختاروا ان يعطوها من غير التركة لهم ذلك كذا ذكره
الامام النمرتاشي رحمه الله تعالى عليه .

(كتاب الطلاق ... باب طلاق المريض)

وقد امكن لان النكاح في العدة يبقئ في حق بعض الآثار فجاز ان يبقئ في حق ارثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب الارثه عنها فتبطل في حقه خصوصا اذا رضي به وان طلقها ثلثا بامرها وقال لها اختاري فاخترت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها والتاخير لحقها وان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها وان قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عندابي حنيفه رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز اقراره ووصيته وان طلقها ثلثا في مرضه بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا الا على قول زفر رحمه الله فان لها جميع ما اوصى وما اقر به لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه فاعدمت النهمة الا ترى انه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكوة فيها وتزوج اخنها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب النهمة

قوله وقد امكن اي تأخير عمله الى زمان انقضاء العدة **قوله** لان النكاح في العدة يبقئ في حق بعض الآثار اي في حق النفقة والسكنى والمنع من الخروج والنزوح فيبقى في حق الارث بخلاف ما بعد انقضاء العدة لانه لا امكان لان الارث يعتمد النكاح من كل وجه او من وجه وبعد الانقضاء لم يوجد احدهما **قوله** والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب الارثه عنها جواب عن قول الخصم ولهذا لا يرثها اذا ماتت اي في حال مرض موت الزوج والزوجية ليست بسبب الارثه عنها لانها صحيحة **قوله** خصوصا اذا رضي به

ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذامات في هذا الوجه او قتل دليل على انه لا فرق بين ما اذامات بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذ قتل

عند البلخييين وقال البخاريون اذا عجز عن القيام بحوائجه خارج البيت فمريض وعن ابي يوسف رحمه الله ان كان يخرج الى الصلوة فصحيح والمرأة لا تخرج فان عجزت عن حوائجها في البيت كصعود السطح ونحوه فمريضة والا فلا والمقعد والمفلوج والمسلول كما لصحيح لانه قد يعيش منه كثير اقال ابن سلمة الا ان لا يرجى برؤءه بالنداوي وقال الهندواني الا ان يكون مريضه يزداد ابدان كان يزداد وينقص ان مات بعد ذلك بسنة فكالصحيح وان مات قبل سنة فمريض وذكر الناطقي تصرفات المسلول كسائر المرضى الا ان يتناول وفمر اصحابنا التناول بالسنة فاذا بقي على هذه العلة سنة فتصرفه بعد سنة كتصرفه حال صحته وذكر الحلواني عن محمد رحمه الله اذ ادام المريض على حاله سنة فحكمه حكم الصحيح واختلف في تفسير الطلق قبل الوجع الذي لا يسكن حتى تموت او تلد وقيل ان سكن لان الوجع يسكن تارة ويهيج اخرى والاول اوجه وحدث المرض الذي يبيح التوكيل ان لا يقدر على المشي بقدمه ولو كان لا يقدر و لكن يحمل على الدابة او على ظهرانسان فان كان يزداد مرضه بذاك يباح التوكيل وان لم يزداد اختلفوا

قوله ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وهوان كل ما يكون الهلاك فيه غالبا فهو في حكم مرض الموت وكل ما تكون السلامة فيه غالبا لكن قد يخاف الهلاك منه فهو في حكم الصحة منهارا كبالسفينة او النازل في المسبعة طلق امرأته لا يكون فارا او ما اذا انكسرت السفينة او تلاطمت الامواج واشدت الريح او وقع

ولا مواضعة عادة في حق الزكوة والتزوج والشهادة فلا تهمته في حق هذه الاحكام
قال رضي الله عنه ومن كان محصورا او في صف القتال وطلق امرأته ثلثا لم ترثه وان كان
 قد بارز رجلا او قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثت ان مات في ذلك الوجه او قتل
 واصله ما بينا ان امرأة الفارث استحسننا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق
 بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهوان يكون
 بحال لا يقوم بحوائجه كما يعناده الاصحاء وقد يثبت بما هو في معنى المرض في توجبه
 الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع باس العدو وكذا المنعة
 والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع باس العدو وكذا المنعة
 فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز او قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار

قوله ولا مواضعة عادة في حق الزكوة والتزوج جواب سؤال وهوان يقال
 هذه التهمة غير معتبرة في الشرع الا ترى انه تقبل شهادته لها ويحل وضع الزكوة فيها
 ولها ان تتزوج في الحال ولو اعتبرت التهمة شرعا لاعتبرت في حق التزوج اذا حل والحرمة
 يترد فيها بالاحتياط فلنا هذه المواضعة تكون في حق الارث لا في حق هذه الاحكام عادة
 فاعتبرت هنا ولم تعتبر ثم **قوله** وانما يتعلق بمرض بخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان
 صاحب الفراش وهوان يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعناده الاصحاء ثم المرض
 المعتبر ان يكون بحال يخشى عليه التلف لانه حينئذ يتعلق حقها بماله فلا بانه في هذه الحالة
 ابطال حقها وقيل ان لا يقوم الا بشدة وقيل ان لا يقوم الا ان يقيمه انسان وقيل ان لا يقدر
 ان يصلي قائما وقيل ان لا يقدر على المشي الا ان يتهدى بين اثنين وقيل ان لا يقدر على صب
 ماء من كوز الى كوز ومن يقوم بحوائجه في البيت كالمشي الى الخلا والنوضي بنفسه كالصحيح

الاي قوله اذا دخلت الدار وهذا على وجوه اما ان يعلق الطلاق بمجيء الوقت او بفعل الاجنبي او بفعل نفسه او بفعل المرأة وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كلاهما في المرض اما الوجهان الاولان وهما اذا كان التعليق بمجيء الوقت بان قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق او بفعل الاجنبي بان قال اذا دخل فلان الدار او صلى فلان الظهر فان كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها به باله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم تترث وقال زفر رحمه الله تترث لان المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كما لمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطبيقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه واما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كانا في المرض والفعل مما له منه بدا ولا بد له منه يصير فارا لوجود قصد الا بطلان اما بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعا للمضرر عنها

قوله الا في قوله اذا دخلت الدار اي الفصل واحد وهو ما اذا كان التعليق بفعلها الذي لها منه بد **قوله** ولا ظلم الا عن قصد وهذا لانه صفة للفعل والمعلق بالشرط صار مرسلا عند الشرط لا بفعله وقصده ولان التعليق في الصحة انقلب تطبيقا في المرض والتعليق لم يكن ظلما فلا ينقلب ظلما لان المعتبر حالة التعليق الا ترى ان من علق وهو مفيق ثم وجد الشرط بعد ما جن تطلق وان لم يكن المجنون من اهل التطبيق علم ان المعتبر حالة التعليق **قوله** واما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كانا في المرض والفعل مما له بد منه ولا بد له منه فان قيل ينبغي ان لا يصير فارا في التعليق

واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر واذا دخلت الدار
او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار فانت طالق وكانت هذه الاشياء
والزوج مريض لم ترث وان كان القول منه في المرض ورثت

في فم سبع فطلق يكون فارا فاذا أطلقها في مرضه ثلثا ثم قتل او مات بغير ذلك المرض
غير انه لم يصح فلها الارث وقال عيسى بن ابيان رحمه الله تعالى لا ارث لها لان
مرض الموت ما يكون سببا للموت ولما مات بسبب آخر دل انه ليس بمرض
الموت فلم يتعلق حقها بماله يومئذ فصار كما لو أطلقها في صحته قلنا الموت اتصل
بمرضه حيث لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان ولم يتبين به ان مرضه
لم يكن مرض الموت امة تحت حرعنت ووهب لها مال فاختارت نفسها
وهي مريضة ثم ماتت في العدة ورث زوجها لان الفرقة منها حتى لا تكون طلاقا
وكذلك صغيرة زوجها اخوها فبلغت ووطئها زوجها فاختارت نفسها في مرضها
فماتت في العدة ورث زوجها لان الفرقة منها حتى لم تكن طلاقا وكذا لو ارتدت
في مرضها او قبلت ابن زوجها ورثها لان الفرقة منها ولو مضت مدة الغيب
فاختارت الفرقة في مرضها لم يرث زوجها لان الفرقة منه لانه امتنع عن الامساك
بالمعروف فتاب القاضي منابه في التسريح بالاحسان ولهذا كان طلاقا وكذا لو وجب
بعد ما ابانها بعد الدخول فتزوجها فعلمت في مرضها واختارت نفسها وماتت لم يرث
زوجها لانه فرقة بالطلاق •

قوله واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر الى قوله فانت طالق اي
طالق بائن لان حكم الفرار انما يثبت اذا كان الطلاق بائنا

في الدنيا اوفى العقبى ولا رضاء مع الاضرار واما اذا كان التعليق في الصحة ان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال انه لا ميراث لها وان كان ممالا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله وهو قول زفر لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله ترث لان الزوج الجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كما نه آله كما في الاكراه.

قال واذا طلقها ثلثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر رحمه الله تعالى عليه ترث لانه قصد الفرار حين اوقع في المرض وقد مات وهي في العدة واكتنا نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لاحق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فاردت والعياذ بالله ثم اسلمت ثم مات الزوج من مرضه وهي في العدة لا ترث وان لم ترتد بل طوعت ابن زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق انها بالردة بطلت اهلية الارث اذا المرتد لا يرث احد او لابقاء له بدون الاهلية وبالطاعة ما بطلت الاهلية.

قوله في الدنيا راجع الى اكل الطعام **قوله** اوفى العقبى راجع الى صلوة الظاهر **قوله** كانها آله كما في الاكراه لان حد المكراه ان يكون مضطرا بين شرين والمرأة كذلك لانها لو باشرت الشرط تتضرر بوقوع الطلاق وان امتنعت تعاقب في دار الآخرة وهذا الاضرار راجع من الزوج فكانت مكروهة فيضاف فعلها اليه كمن اكراه انسانا على اتلاف ماله وهذا لان الاكراه كابقع بخوف تلف عاجل فكذلك يقع بالتفسيق الاثر ان فعل القاضي في باب القضاء بالشهادة منقول الى الشاهد حتى يكون الضمان عليهم اذا رجعوا لان القاضي يصير ملجئا اليه بشهادتهم لانه يفسق لو لم يقض بها فان قيل الضرورة التي توجب نفل الفعل اليه ضرورة حاملة وهذه ضرورة

وأما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك وان كان الفعل لا بد لها منه كما كل الطعام وصلوة الظهر وكلام الابوين فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة لمالها في الامتناع من خوف الهلاك

بالفعل الذي لا بد له منه اذا كان التعليق في الصحة لان الفعل اذا كان مما لا بد له منه يصير مضطرا في مباشرته فلا يصير الفعل ظلما فلا يرث قلنا الا اضطرار في جانب الفاعل لا يبطل حق غيره لان حق غيره محترم معصوم وذلك لا ينفوت بين كون المتلف مختارا وبين كونه مضطرا الا ترى ان من اتلف مال الغير نائما ومخطئا واصابته مخمصة فاكل مال الغير الاستبقاء منهجته فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما ان بقاء عصمته للغير يكفي لايجاب الضمان ونقول لا تسقط عن فعله صفة العدوان بالنظر الى عصمة المحل ولهذا يضمن فكذا هناه

قوله وأما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها الى قوله والفعل مما لها بد منه ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك لانها بمباشرة الشرط صارت راضية اذا الوجود مضاف الى الشرط فكان الرضاء بالشرط رضاء بالمشروط فان قيل اذا قال احد شريكي العبد اصابته ان ضربته فهو حر فضر به يعق والمضارب ولاية تضمين المحالف ولو كان الرضاء بالشرط رضاء بالمشروط لما كان له ذلك قلنا الارث يثبت بما له شبه العبد وان يبطل بماله شبه بالرضاء ولا كذلك الضمان ونقول مسئلة الاعتناق من قبيل ما لا بد لها منه لان موضوعها في كتاب العتاق فيما اذا كان قال احد الشريكين ان لم اضرب هذا العبد اليوم فهو حر فقال له شريكه ان ضربته سوطا فهو حر فضر به فان المضارب يضمن للمحالف وهو مضطرا الى اكتساب هذا وفعل الشرط بطريق الاضطرار لا يدل على رضاه بالمشروط ولا كذلك في ممثلتنا فكانت راضية بالمشروط

وان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء ايضا في المرض ورثت لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق بدضي اربعة اشهر خال عن الوقاع فيكون ملحقا بال تعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه .

قال والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه لما بيناه لايزيل النكاح حتى يحل الوطى فكان السبب قائما .

قال وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات وهي في العدة وقد بيناه والله تعالى اعلم بالصواب .

بينهما بطلب المرأة نصار القذف بمنزلة الحب المعلق بشرط يوجد منها وهو ما لا بد لها منه فانها لا تجد بدامن الخصومة لدفع عارا لزنائها من نكحها فلم تصر بذلك راضية بسقوط حقها وعند محمد رحمه الله تعالى لم يثبت حكم الفرار لان الطلاق انما يقع بلعائها لانه آخر اللعائين فكان آخر المدايرين فان قبل الفرقة انما تقع بقضاء القاضي عنديا فكان القضاء آخر المدايرين فلما اللعان شهادة عندنا على ما يأتي والحكم ابدى ثبت بالشهادة لا بالقضاء **قوله** وان آلى وهو صحيح الى قوله فيكون ملحقا بال تعليق بمجيء الوقت فان قبل الايلاء ليس نظير تعليق الطلاق بمجيء الوقت وان كان الايلاء في الصحة لانه متمكن من ابطال الايلاء بالنفي فاذا لم يبطل في حالة المرض صار كانه انشاء الايلاء في المرض وهناك يرث فكذلك ههنا فكان نظير من وكل وكبلا في صحته بالطلاق فطلقها الوكيل في المرض كان فارا لانه كان متمكنا من العزل فاذا لم يعزل جعل كانه انشاء كذلك ههنا فلما الفرق بينهما ثابت وهو انه لا يمكنه ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه لم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسألة الوكالة كذا ذكره الامام فاضل خان رحمه الله والله تعالى اعلم بالصواب .

لان المحرمية لاتتأني الارث وهو الباقي بخلاف ما اذا طوعت في حال قيام النكاح لانها تثبت الفرقة فتكون راضية بطلان السبب وبعد الطلقات الثلث لاتثبت المحرمية بالمطوعة لتقدمها عليها فانفترقا ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت وقال محمد رحمه الله لا ترث وان كان القذف في المرض ورثت في تولهم جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه اذ هي ملجأة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه

مانعة لان غرضه المنع من تحصيل شرط الطلاق فلما ثبتت الضرورة ثبتت به شبهة الفعل وذا كاف لهذا الحكم لثبوته بشبهة العدوان .

قوله لان المحرمية لاتتأني الارث وهو الباقي اي الارث لان النكاح باق في هذه الحالة في استحقاق الارث فيكون الباقي هو الارث او صلب الارث فان قيل ينبغي ان لا يرث لانا جعلنا النكاح بافيا حكما في حق الارث والنكاح الباقي حقيقة يبطل بالمحرمية فهذا احق نصار كما لو طوعت ابن زوجها قبل الطلاق ومما لمسئلة الاولى قلنا الردة تنافي نفس الحق وهو الارث لان المرتد لا يرث احدا فلم ينصو بقاء النكاح بدون الادل فاما المحرمية فانا يبطل بها الارث بسبب بطلان النكاح مضافا اليها ولم يوجد لان النكاح قد يبطل بالثلث وانما بقي ني حق الارث خاصة فما لا ينافي في الارث لا يعتبر منا فبا في حق ما ثبت في الارث خاصة و بالمطوعة في حال قيام النكاح تقع الفرقة مضافه اليها فلا يجب ابقاء النكاح في حق الاستحقاق نظرهما مع رضاها يبطلان المحب **قوله** ومن قذف امرأته وهو صحيح ثم لاعن الى قوله وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه ووجهه ان سبب الفرقة ذفوه اياها واكن بشرط اللعان فان القاصي يلاعن بينهما باعتبار القذف ويفرق بينهما وانما يلاعن

والرجعة ان يقول راجعتك اورا جعت امرأتى وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الائمة .

قال اويطأها ويقبلها ويلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لاتصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطئها وعندنا هو استدامة على ما بيناه وسنقرره ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به

قوله والرجعة ان يقول راجعتك اي عند الحضرة ارجعت امرأتى اي في الحضرة والغيبة ومن الفاظ الرجعة راجعتك اي ردتك وامسكتك وقوله انت عندي كما كنت اوانت امرأتى ان نوى الرجعة **قوله** او ينظر الى فرجها بشهوة المراد الفرج الداخل **قوله** وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لاتصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه بان لم يكن اخرس او معتقل اللسان وهذا بناء على ان الرجعة عنده استباحة الوطى ورفع الخلل الواقع في الملك فلا يكون بالفعل كاصل النكاح والوطى قبل الرجعة حرام فلا يكون سببا للحل كما هو اصله وعندنا الرجعة استدامة الملك بالفعل المختص بالملك يدل على استدامة الملك كالقول وهو نظير الفى فى الايلاء نانه منع للمزيل من ان يعدل بعد انقضاء المدة وذا يحصل بالجماع وكذا اذا باع امته على انه بالخيار ثم وطئها صار مستبقيا للملك بالوطى كذا هنا لان الخيار ثبت شرعا لئندارك ما فرط منه ويتلافى ما فات عنه ثم يثبت فعلا **قوله** والدلالة فعل يختص بالنكاح اي يجب ان يكون دلالة الاستدامة التي هي الرجعة فعلا مختصا بالنكاح وهذه الافاعيل وهي الوطى والتقبيل واللمس بشهوة مختصة بالنكاح فان قيل لانسلم ان هذه الافاعيل

باب الرجعة

واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية او تطليقتين نله ان يراجعها في عدتها رضىت بذلك او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف ولا بد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك الا ترى انه تعالى سمي امساكا وهو الا بقاء وانما تتحقق الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد انقضائها

باب الرجعة

ذكر في المحيط اذا اراد الرجل ان يراجع امرأته فالاحسن ان يراجعها بالقول لا بالفعل لان صحة المراجعة بالقول متفق عليها وبالفعل مختلف فيها **قوله** رضىت بذلك او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف يعني قوله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن يعني اذا قرب انقضاء عدتهن فامسكوهن من غير فصل بين الرضاء وعدمه اي لم يشترط رضاء المرأة **قوله** الا ترى انه تعالى سمي امساكا وهو الا بقاء وانما تتحقق الاستدامة في العدة فان قيل كما سمي الله تعالى الرجعة امساكا فكذلك سماها ردا في قوله وبعولتهن احق بردهن وحقيقة الرد لا تكون الا بعد الزوال قلنا لما دل الدليل على بقاء الملك حمل الرد على الحال لا على التبين بانقضاء على العدة لا الاعادة بعد الزوال والدليل على بقاء الملك بعد الطلاق الرجعي انه يملك الاعتياض بالخلع بعد الطلاق الرجعي اجماعا وملك الاعتياض لا يكون الا بعد بقاء اصل الملك وكذلك يملك عليها سائر النصرفات التي كان يملك عليها قبل الطلاق وهو الظهار والايلاء والمعان فدل ذلك على بقاء الملك مطلقا *

ويستحب ان يعلمها كيلا تقع في المعصية واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة
فصد قته فهي رجعة وان كذبته فالقول قواها لانه اخبر عمالا يملك انشاء في الحال
فكان متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله
وهي مسألة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج
قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال تصح الرجعة لانها صادفت العدة اذ هي باقية ظاهرة الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا
لوفال لها طلقك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولا يبي حنيفة رحمه الله
انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء فاذا اخبرت دل ذلك على
سبق الانقضاء واقرب احواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف
ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تشب به

المفارقة وامر بالاشهاد عليهما ثم الاشهاد في حق المفارقة مندوب وليس بواجب فكذا
في حق الرجعة لاستحالة ان يكون اللفظ الواحد في حالة واحدة شاملا لمعنيين مختلفين .
قوله ويستحب ان يعلمها كيلا تقع في المعصية فانها ربما تزوج بناء على زعمها ان زوجها
لم يراجعها وقد انقضت عدتها ويجامعها الزوج الثاني فيكون هي عاصية وزوجها
الذي اوقعها فيها مسيئا بتركه الاعلام واكن مع ذلك لو لم يعلمها بالرجعة جاز لان
الرجعة عندنا استدامة للمقائم وليست بانشاء فكانت الرجعة تصرفا في خالص حقه
وتصرف الانسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير كذا في المحيط **قوله** فقالت
مجيبة اي على الفور متصلة بقول الزوج **قوله** اذ هي باقية اي العدة باقية الى ان
تخبر وقد سبقت الرجعة اخبارا للمرأة فصحت الرجعة وسقطت العدة وهي حين
اخبرت انما اخبرت بالانقضاء بعد سقوط العدة وليس لها ولاية الاخبار بعد سقوط العدة كما

خصوصا في الحرية بخلاف المس والنظر بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكين والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها

قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رحمه الله في احد قولي لا تصح وهو قول مالك رحمه الله لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والا مر لا يجاب ولنا اطلاق النصوص من قيد الاشهاد ولانه استدامة لنكاح واشهادة ليست شرط فيه في حالة البقاء كما في الفبي في الايلاء الا انها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها وما تلاه محمول عليه الا ترى انه قرنها بامفارقة وهو فيها مستحب

مختصة بالنكاح لانها توجد في الامة المملوكة ايضا فلنا ان الملك موالمقصود في الامة وهذه الافعال تابعة في حق المملوكة والتابع معدوم حكما

قوله خصوصا في الحرية يعني حل هذه الافاعيل في حق الحرية لا يكون بدون النكاح فاما في حق الامة يكون بالنكاح وبدونه ايضا كاشراء وغيره

قوله وغيرهما كاخاتته وكالشاهد على الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة

قوله ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي

رحمه الله في احد قولي لا تصح وهو قول مالك رحمه الله وهذا عجب من مالك

رحمه الله فانه لا يجعل الاشهاد في النكاح شرطا ويجعل الاشهاد على الرجعة شرطا كذا

في المبسوط **قوله** ولنا اطلاق النصوص فامسكوهن بمعروف وبعولتهن احق بردهن

من غير شرط الاشهاد فاشترطه فيها زيادة على النص وهي نعم فلا يجوز الا بدليل

يصلح له وما تلاه لا يصلح له لان المراد به النذب بدلالة الاجماع فانه جمع بينهما وبين

وينقطع اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلة ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة

الخبر يقتضي سبق المخبر به بزمان او با زمانه فان كان با زمانه فقد صادفت الرجعة ما بعد الانقضاء وان كان بزمان فقد صادفت حال الانقضاء فلا تصح الرجعة مع انقضاء العدة لان العدة في حال انقضائها لا تكون موجودة مطلقا و شرط الرجعة ان تكون في عدة مطلقة فان قبل لما كان قولها انقضت عدتي مقتضيا سبق الانقضاء كان قول الزوج راجعك يقتضي سبق الرجعة ايضا فلا تكون الرجعة في حال الانقضاء قلنا قوله راجعك انشاء وهو اثبات امر لم يكن فلا يستدعي سبق الرجعة وقولها انقضت عدتي اخبار وهو اظهار امر قد كان فيقتضي سبب الانقضاء ضرورة وهذا بخلاف ما لو سكنت ساعة لانها منهمة بالتأخير لان الانقضاء لو كان ثابتا لوجب عليها ان يخبر فلما لم يخبر دل انها كاذبة فلم يقبل قولها ولا يقال مصادفة الرجعة حال انقضاء العدة نادرة لاننا نقول ان انقضاء العدة لا بد من ان يوافق حاله فتارة يوافق كلها وتارة يوافق نومها وتارة قول الزوج راجعك وانما يصير منهمة اذا فرطت في الاخبار بالتأخير ولا تفريط منها ههنا لانها لا تقدر على الاخبار الا بعد الانقضاء بخلاف الوكيل فانه مفراط بالاخبار لان بيعه كان قبل العزل لامع العزل ومسئلة الطلاق على الخلاف لا يقع الطلاق عند ابي حنيفة رحمه الله كما لو قال انت طالق مع انقضاء عدتك والاصح انه يقع كما لو قال بعد انقضاء العدة كنت طلقته في العدة كان مصداق في ذلك بخلاف الرجعة كذا في المبموط .

قوله وينقطع اذا تيممت وصلت مكتوبة او تطوعا عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم عند عدم

وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقته المولى وكذبته الأمة فالقول قولها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا القول قول المولى لأن بضعها مملوك له فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج فغايته إلا قرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتني على العدة والقول في العدة قولها فكذا في ما يبتني عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لأنها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في إبطاله بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها فلا يظهر ملكه مع العدة وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها لأنها أمانة في ذلك أذهي العاملة به وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغسل وإن انقطع لآل من عشرة أيام لم تنقطع الرجعة حتى تغسل أو يمضي عليها وقت صلوة كامل لأن الحيض لا يزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد من أن يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطهرات بمضي وقت الصلوة بخلاف ما إذا كانت كتابية لأنه لا يتوقع في حقها إماراة زائدة فاكفي بالانقطاع

لو سكنت ساعة ثم أخبرت ولأنها صارت منهمة في الأخبار بالانقضاء بعد رجعة الزوج فلا يقبل خبرها كما لو قال المولى للموكيل عزلتك فقال الوكيل كنت بعث حيث لا يصدق الوكيل لكونه منهما وأكونه غير قادر على الإنشاء فهذا كذلك ولأبي حنيفة رحمه الله أن هذه رجعة صادفت حال انقضاء العدة أربعها فلا يصح وهذا لأنها أمانة في الأخبار من أمر يحتمل الجواز أن يثبت الانقضاء ساعتها فلا يقدر أن يخبر قبل ذلك لأنه إنما يمكنها أن تخبر بعد الانقضاء ومتى قبل قولها عرف ذلك ضرورة أن الانقضاء سابق على كلامها لأن صحة

والاحكام الثابتة ايضا ضرورة اقتضائية ثم قيل ينقطع بنفس الشروع عندهما
وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلوة واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها
لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة

لتوهم وصول الماء الى ذلك الموضع وسرعة الجفاف فكان طهارة قوية في نفسها والاعتسالة
بسؤر الحمار كذلك فانه طهارة قوية لكونها اغتسالا بالماء ولكنها تؤثر بضم التيمم الى ذلك في
حكم حل الصلوة احتياطاً لاشتباه الاداة في طهارة الماء وقد كان الاصل فيه الطهارة ولهذا
لو اغتسلت به مع وجود ماء آخر تنقطع الرجعة ايضا لكونها طهارة قوية ثم قيل تنقطع الرجعة
بنفس الشروع عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والصحيح ان الرجعة لا تنقطع عندهما
ما لم تفرغ من الصلوة لان الحال بعد شروعهما في الصلوة كالحال قبله الا ترى انها اذا رأت
الماء بطل تيممها بخلاف ما بعد الفراغ من الصلوة فانها وان رأت الماء بقيت الصلوة مجزية
فيتوقف الانقطاع على الفراغ ليتقرر الحكم بجواز الصلوة وههنا نكتة معروفة وهي ان التيمم
عند محمد رحمه الله خلف عن طهارة الوضوء فيكون طهارة ضرورة ولهذا لا يصح اقتداء
المتوضىء بالتيمم عندها ترك اصله فجعلها طهارة مطلقة حتى قال تنقطع بها الرجعة
بمنزلة الاغتسال وعندهما التراب خلف عن الوضوء فتحصل الطهارة مطلقة حتى جاز اقتداء
المتوضىء بالتيمم عندهما وههنا جعلها ضرورة حتى قال لا تنقطع الرجعة قبل الفراغ من
الصلوة فالحاصل ان محمد ارحمه الله اخذ بالاحتياط في الموضعين جميعا وهما جعلها في
حق الصلوة طهارة مطلقة اذا لاية وردت في الصلوة وشرع التيمم للتمكن من الصلوة وفي حق
غيرها عملاً بحقيقة التلويت وهو ضد التطهير فكان طهارة ضرورة *

قوله والاحكام الثابتة ايضا ضرورة وهي حل قراءة القرآن ومسح المصحف ودخول المسجد
لان هذه الاحكام من توابع الصلوة اذ حل الصلوة تقضي حل دخول المسجد وحل قراءة

ان لاتضعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلوة لانها قبلها من الاوقات

الماء نزل منزلة الاغتسال عند وجود الماء بدليل حل اداء الصلوة لها به وحل دخول المسجد وقراءة القرآن ومس المصحف ولا فرق بين الحكم لجواز صلوة اديت وبين الحكم بجواز الافدام على ما لم يؤد بعدو الحكم بسقوط الرجعة يؤخذ فيه بالاحتياط الا ترى انها لو اغتسلت وبقيت في بدن المعة تنقطع الرجعة عنها احتياطاً وان لم يحل لها اداء الصلوة فهنا اولى وكذلك لو اغتسلت بسوء الحمار ولم تجد غيره تنقطع الرجعة احتياطاً وان لم يحل لها اداء الصلوة فهنا اولى ان تنقطع الرجعة وقد حل لها اداء الصلوة ولها منه طهارة ضرورية لانه تلويث حقيقة وهذا لانه لا يرفع الحدث بيقين حتى لو وجد المنيم الماء كان محدثاً بالحدث السابق وانما جعل لها طهارة حكماً ضرورة الحاجة الى اداء الصلوة لانها مخاطبة بادائها ولا تقدر على ادائها الا بالطهارة فامرها الشرع بالنيم لئلا تضعف عليها واجبات والثابت ضرورة يتقدر بقدرها فكان طهارة في حكم الصلوة وفيما هو من توبعها كدخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن ولا ضرورة في حكم الرجعة فكان النيم في حقها عند عدم الماء كالنيم عند وجوده ولكنه اذا فرغ من الصلوة فقد حكمنا بالطهارة ضرورة الحكم بصحة الصلوة وصحة الصلوة تثبت مطلقاً لا ضرورة فطهرت في حق سقوط الفرض عن ذمتها وفي حق انقطاع الرجعة لانه من لوازمه وقبل اداء الصلوة ما حكمنا بحكم في حقها لان حل الافدام على الصلوة في حقها مترقب لان كون النيم طهارة مترقب لترقب في شرطه وهو عدم الماء الى ان يفرغ من الصلوة وان عدمت الماء الى ان تفرغ من الصلوة تبين ان الطهارة ثابتة في حقها والحكم بالطهارة ثابت فان وجدت الماء قبل ذلك تبين ان الطهارة ليست بثابتة في حقها فقد شرطه فلا يكون الحكم باباحة الصلوة ثابتة قبله واهذا تستقبل الصلوة اذا وجدت الماء في خلالها وهذا بخلاف ما اذا بقي على بدن المعة لان قطع الرجعة هناك

فان خلاها واغلق با با وارخى سترها وقال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تأكد الملك بالوطى وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصرمكذبا شرعا لان تأكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل الاعلى القبض بخلاف الفصل الاول فان راجعها معناه بعدما حللها وقال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لانه ثبت النسب منه اذ هي لم تقربا نقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة

منه وقال لم اجامعها فله الرجعة الى قوله وبطل زعمه بتكذيب الشرع الاترى انه ثبت بهذا الوطى الا حصان اى في حق الرجم مع انه يندرى بالشبهات فان قيل وجب ان لا يكون له حق الرجعة لان الرجعة حق مستحق له وقد انكر ثبوتها له اقصى ما فى الباب انه صار مكذبا شرعا حكما لثبات النسب منه لكن لا يلزم من كونه مكذبا شرعا بقاء ما كان حقه و صار هذا الرجل اقربعين لانسان ثم اشتراها ثم استحق من يده ثم وصلت اليه يوم ما من الدهر امر بالتسليم الى المقر له وان صار مكذبا شرعا فلنا لم يتعلق باقراره هنا حق الغير والموجب لحق الرجعة ثابت وهو الطلاق بعد الدخول فوجب ان يكون له حق الرجعة بخلاف الانفراد فانه تعلق به حق الغرماء وان صار المقر مكذبا شرعا فان قيل لم اجامعها صريح في عدم الجماع ودلالة ثبوت النسب لم يكن صريحا في وجود الجماع والصريح اذا اجتمع مع غير الصريح فالصريح اولى فلنا الدلالة من الشارع اقوى من التصريح الصادر من العبد لاحتمال الكذب عن العبد وعدم احتماله من الشارع •

قوله فان خلاها واغلق با با وارخى سترها فى الفوائد الظهيرية ذكره هنا اى في الجامع الصغير اغلق با با وارخى سترها بالواو وفي كتاب الطلاق قال اوارخى سترها با وهو الصحيح •

(كتاب الطلاق - باب الرجعة)

وان كان اقل من عضواً نقطعت قال رضي الله تعالى عنه وهذا استحصان والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا ينجزى ووجه الاستحصان وهو الفرق ان مادون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج اخذاً بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد رحمه الله تعالى عليه هو بمنزلة مادون العضو لان في فرضيته اختلافاً بخلاف غيره من الاعضاء ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه وقال لم اجمعها فله الرجعة لان الحمل منى ظهر في فمها ينصون ان يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وذلك دليل الوطى وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئوا اذا ثبت الوطى تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يغيب الرجعة وبطل زعمه بتكذيب الشرع الا ترى انه يثبت بهذا الوطى الاحصان فلان ثبت بها الرجعة الاولى وتاويل مسألة الولادة ان تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تنصور الرجعة

القرآن وحل مس المصحف فكان هذا جواباً عن حرف الخصم بقوله حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته •

قوله وان كان اقل من عضواً نحو الاصبع مثلاً كذا في المحيط **قوله** فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه بان منعت منها قصد الا تنقطع الرجعة كذا في المحيط **قوله** وعنه وهو قول محمد رحمه الله وهو بمنزلة مادون العضو لان في فرضيته اختلافاً فان عند الشافعي رحمه الله المضمضة والاستنشاق سنتان في الوضوء والجنابة وفي المحيط فان كان الباقي احد المنخرين فالرجعة باقية بالاتفاق **قوله** ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت

وبالولد الثالث صار مرا جعاً لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت
 العدة بالافراء لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية
 تشوق وتنزين لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة
 والتزوين له حامل عليها فيكون مشروعا ويستحب لزوجه ان لا يدخل عليها
 حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها
 ربما تكون منجردة فيقع بصره على موضع يصير به مرا جعاً ثم يطلقها فتنطول
 العدة عليها وليس له ان يسا فربها حتى يشهد على رجعتها وقال زفر رحمه
 الله تعالى عليه له ذلك لقيام النكاح ولهذا انه ان يغشاها عندنا ولنا فوله تعالى

لانها ولدت ولدين فلولم يجعل الولد الثاني من علوق حادث لصار مع الولد الاول
 بطناً واحداً والاتحاد لا يثبت بالشك اذا كان بين الولدين ستة اشهر فصاعداً فصار
 الولد الثاني من علوق حادث بعد الطلاق فكان رجعة *
 قوله وبالولد الثالث صار مرا جعاً لما ذكرناه وانتهى العلق بوطي حادث في العدة
 فان قيل بعد كل ولد نفاس فالقول بالمراجعة بعده حمل فعملها على الحرام لان الوطى
 في النفاس حرام فلنا لا يلتفت الى هذا رعاية للنسب لان النسب مما يحتاط في اثباته
 والنفاس قد يوجد وقد لا يوجد وقد يقل وقد يكثر فلا تيقن بارتكاب الحرام ولو ولدت
 ثلثة اولاد في بطن واحد والمسئلة بحالها فانها تطلق ثنتين وانقضت العدة بالولد
 الثالث لان علوق الكل دفعة واحدة فلا حاجة الى القول بالرجعة فاذا ولدت الاول وقعت
 واحدة ووجبت العدة واذا ولدت الولد الثاني وهي معتدة يقع آخرها ولدت الولد
 الثالث تنقضي العدة بوضع الحمل لانه لا ولد في البطن والطلاق لا يقع مع انقضاء العدة

فانزل واطئ قبل الطلاق دون ما بعده لان على الاعتبار الثاني يزول الملك بنفس
الطلاق لعدم الوطى قبل فيحرم الوطى والمسلم لا يفعل الحرام فان قال لها
اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم اتت بولد آخر فهي رجعة معناه من بطن آخر
وهو ان يكون بعد ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين اذا لم تقربا نقضاء العدة لانه
وقع الطلاق عليها بالولد الاول ووجب العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه
في العدة لانها لم تقربا نقضاء العدة فيصير مراجعا وان قال كلما ولدت ولدان
طالق فولدت ثلاثة اولاد في بطون مختلفة فالولد الاول طالق والولد الثاني رجعة
وكذا الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني
صار مراجعا لما بينا انه جعل العلوق بوطن حادث في العدة ويقع الطلاق
الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجب العدة

قوله فانزل واطئ قبل الطلاق دون ما بعده لان على الاعتبار الثاني وهو جعله واطئ بعد
الطلاق يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطى قبله فيحرم الوطى والمسلم لا يفعل الحرام
وعلى اعتبار الاول وان صار كاذبا والكذب حرام ايضا الا انه اهون من الزنا **قوله** فيكون
الولد الثاني من علوق حادث ضرورة لان الولد لا يبقى في البطن الاكثر من سنتين
فيكون من زوجها اذا لا يظن به ارتكاب الزنا فكان رجعة ضرورة وانما اذا ولدت لاقبل
من سنتين فلان العلوق حادث والحادث يضاف الى اقرب الزمان اذا امكن وقد امكن
اذا تخلل بين الولادتين ستة اشهر فصاعدا وذكر في كتاب الدعوى ان المطلقة طلاقا رجعيا
اذا ولدت لاقبل من سنتين بيوم لا يكون رجعة وان ولدت لاكثر من سنتين يكون رجعة لانها
اذا ولدت لاقبل من سنتين احتمل العلوق بعد الطلاق فكان رجعة واحتمل العلوق
قبل الطلاق فلم يكن رجعة فلا تثبت الرجعة بالشك اما هنا فقد سقط اعتبار هذا الاحتمال

يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينفيه والقاطع
آخر عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم والله تعالى اعلم بالصواب •

لا يحرم الوطى حتى لو وظفها لا يغرم العقرو قال الشافعي رحمة الله تعالى عليه

يجرمه حتى يغرم العقره

قوله يوجب استبداده به يعني ثبوت حق الرجعة للزوج بعد الطلاق لتمكنه التدارك عند
الندم يوجب استبداد الزوج بذلك التدارك واستبداد الزوج بذلك الحق يشعر بكون
ذلك الحق استدامة للنكاح الاول لا انشاء للنكاح الجديد اذ الدليل ينفي انشاء
النكاح منها بدون رضاها لان القياس يأتي جواز نكاح الحرة وان كان رضاها الا انه ثبت
بالنص فعند عدم الرضاء بقي على اصل القياس والقاطع تأخر عمله اجماعا بدليل
انه يملك عليها الايلاء والظهار ويجرى الميراث بينهما ولهذا سمي الله تعالى الزوج بعلا
والبعل هو الزوج والزوجة تثبت الحل قال الله تعالى الاعلى ازواجهم **قوله** والقاطع
آخر عمله الى مدة اجماعا جواب عن قول الخصم وهو قوله الزوجية زائلة لوجود القاطع
وهو الطلاق نقول نعم وجدا لقاطع ولكن آخر عمل القاطع الى انقضاء العدة اجماعا فان
عند الشافعي رحمه الله تثبت الرجعة بالقول بدون رضا المرأة كما هو قولنا وملك الرجعة
عليها من غير رضاها يدل على ان النكاح قائم اذ لو زال لكانت الرجعة اثباتا
للملك عليها ابتداء واحدا لا يملك ابتداء النكاح على الاجنبية الا برضاها وكذا
من غير مهر ومن غير ولي عنده وكذا بغير شهود **قوله** او نظرا له للزوج اي على
اعتبار الخلاف **قوله** على ما تقدم وهو قوله لان حق الرجعة يثبت نظرا للزوج
والله تعالى اعلم بالصواب •

ولا تخرجوهن من بيوتهن الآية ولأن تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا يحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة وبتقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه والطلاق الرجعي لا يحرم الوطى وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى

قوله لا تخرجوهن الآية نزلت في المعتدات من الطلاق الرجعي بدليل سياقها يا ايها النبي اذا طلقتم النساء ثم قال لا تخرجوهن وصريح الطلاق رجعي فان قيل الرجعة تصح بدلالة فعل يختص بالنكاح فلم لا يكون اخراجها للمسافرة رجعة بل هو دليل الرجعة لان الظاهر من حال المسلم ان لا يوتكب المنهي عنه واخراجها من بيها بدون الرجعة منهي عنه قلنا المسافرة لا تكون اعلى من السكون معها في منزل واحد ولا يكون دليل الرجعة نعم الظاهر من حال المسلم الاجتناب عن المحرم لكن اذا كان ذلك ظاهرا لا يخفى عليه والنهي عن الاخراج في العدة مما يخفى على بعض العلماء فضلا عن العوام على ان الكلام في رجل ينادي باعلى صوته انه لا يراجعها ولا عبرة للدلالة مع الصريح بخلافه **قوله** ولهذا يحتسب الاقراء من العدة ولواقتص الزوال على الانقضاء لوجبت العدة بالاقرار بعد ذلك لان العدة لا يجب الانقضاء لحق نكاح انقطع فلو جوزنا المسافرة معها تبين بعد الانقضاء ان الطلاق كان عاملا زمان الوقوع وكان المسافرة مع الاجنبية فكان حال انقطاعه لا حال بقاءه كما زعم زفر رحمه الله تعالى عليه **قوله** والطلاق الرجعي

والزوجة المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحصل
النكاح على الوطى حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج
او يزداد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لا تحل الاول حتى تذوق عسيلته
الاخر روي بروايات ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب رضى وقوله غير معتبر حتى
لوقضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد والصبي
المراهق في التحليل كالبالغ اوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص وما المخرج بخالفاته

قوله والزوجة المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح لان الوطى يحرم في الفاسد
ويجب التفريق ولا يجب المهر قبل الوطى ولهذا لو حلف لا ينزج فتزوج
امراة نكاحا فاسدا لا يحث **قوله** حملا للكلام على الافادة النكاح يذكر للعقد
ويذكر للوطى وهو اصله وقد اريد به الوطى هنا ليكون الكلام محمولا على الافادة لا على
الاعادة اذا لعقد مستفاد من اسم الزوج فان قيل جازان يسمى زوجا لانه يعرض ان
يصير زوجا فلنا الاصل في الكلام هو الحقيقة ولا يعدل عنها بالضرورة فان قيل قد تحققت
الضرورة وهي اضافته الى المرأة لانها لا تكون واطئة وانما تكون موطوءة فلنا اضافة
الوطى الى المرأة تجوز مجازا باعتبار ان يمكن كافي قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا
فلو حمل على الوطى لكان فيه مجاز واحد واعمال اللفظ النكاح والزوج على
الحقيقة ولو حمل على العقد لكان فيه مجازان والاول اولى او نقول ما قلنا اولى لان فيه
مجازا وافادة وفيما قلتم مجاز واعادة **قوله** بروايات روي بلفظ الخطاب حتى تذوق
عسيلته ويذوق عسيلتك وفي رواية من عسيلته ومن عسيلتك وفي رواية حتى
يذوق عسيلته الى آخره بلفظ الغيبة **قوله** والشرط الايلاج لان الذوق يحصل
بالايلاج والانزال شبع فلا يشترط **قوله** والكمال قيد اي الحديث المشهور

(كتاب الطلاق ... فصل فيما تحل به المطلقة)

فصل فيما تحل به المطلقة

واذا كان الطلاق بائنا دون الثلث فله أن يتزوجها في العدة وبعد انقضاءها لأن حل المحلية باق لا ن زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه وان كان الطلاق ثلثا في الحرة او ثنتين في الامه لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بهائم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالمراد المطلقة الثالثة والثلثان في حق الامه كالثلث في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا

فصل فيما تحل به المطلقة

قوله لان حل المحلية باق المعنى من حل المحلية كونها انثى من بني آدم ليست من المحرمات وهو موجود **هنا قوله** ومنع الغير جواب سؤال مقدربان يقال ان الله تعالى لم يجوز نكاح المعتدة مطلقا بقوله تعالى ولا تعزوا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله فاجاب بقوله انما كان ذلك لاشتباه النسب والتعليل باشتباه النسب هو بيان الحكمة فيه لا بيان العلة لوجود التخلّف فيه فانه لو طلق الصغيرة او الائمة تجب العدة ومنع الغير عن تزوجهما في العدة وان لم يكن فيه اشتباه النسب وكذلك لا يجوز تجوز المعتدة من الصبي وان لم يكن فيه اشتباه النسب لانه لا يثبت النسب منه **قوله** لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف الرق منصف للعقوبة لقوله تعالى فعليه نصف ما على المحصنات من العذاب فيكون منصفا للنعمة اذ لولا ذلك اكملت النعمة فتمت الجناية وغلظت فكملت عقوبتها

واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزواج آخر ثم هادت الى الزوج الاول هادت بثلث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلاقين كما يهدم الثلث وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يهدم ما دون الثلث لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منها ولا انتهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له صاه محلا وهو المنبت للحل

بشرط التحليل بان قال قزوجك على ان احلك او قالت المرأة ذلك اما لو اصر اذلك في قلبها فانه يصح العقد ويحل للاول عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله لا يصح وذكر الامام النمر تاشي لو خافت المرأة ان لا يطلقها المحلل فيقول زوجت نفسي منك على ان امرى بيدي اطلق نفسي كلما اريد فيقول الرجل قبلت جاز النكاح وصار الامر في يدها وفي التفريق لو ادعت دخول المحلل صدقت وان انكر هو وكذا على العكس.

قوله واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين الى ان قال وقال محمد رحمه الله لا يهدم ما دون الثلث لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منها ولا انتهاء للحرمة قبل الثبوت الزوج الثاني غاية للحرمة بالحصول بالثلث بالنص قال الله تعالى فلا يحل له من بعد حنى تنكح زوجا غيره وكلمة حنى للغاية ولم تثبت تلك الحرمة بالطلقة والطلقين لانها متعلقة بالثلث وبعض اركان العلة لا يثبت شيء من الحكم فلم يكن الزوج الثاني غاية اذ غاية الحرمة قبل ثبوتها محال الا ترى انه لو قال اذا جاء رأس الشهر فوالله لا اكلم فلانا حنى استشير فلانا ثم استشاره قبل مجي رأس الشهر لا يعتبر هذا لان الاستشارة غاية للحرمة لثابتة باليمين فلا يعتبر قبل اليمين فاذا لم يعتبر كان وجودها كعدمها ولو تزوجها قبل الزوج او قبل اصابة الزوج الثاني كانت عنده بمابقي من التطليقات فكذلك هنا وابو حنيفة وابو يوسف رحا لا اصابة الزوج الثاني بنكاح صحيح للحق المطلقة بالاجنبية

والحجة عليه ما بيناه وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله بجامع
جامع امرأته وجب عليها الغسل وأحلها للزوج الأول ومعنى هذا الكلام أن تتحرك
آلته ويشتهي وإنما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب انزول مائها والحاجة
إلى الإيجاب في حقها ما لا يغسل على الصبي وإن كان يؤمر به تخلقا .

قال بوطنى المولى أمته لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج وإذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه
لقوله صلى الله عليه وسلم لمن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله فإن طلقها بعد ما وطئها
حلت الأول لوجود الدخول في نكاح صحيح إذا النكاح لا يبطل بالشرط وعن أبي يوسف رحمه الله
يفسد النكاح لأنه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الأول لفساده وعن محمد أنه يصح النكاح
لما بينا ولا يحلها للأول لأنه استعجل ما أخره الشرع فيجأزى بمنع مقصودة بقتل المورث

شرطا لدخول وهو عبارة عن الإيلاج فحسب فكان اشتراط الانزال في الإيلاج
زيادة قيد على الدخول المطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل في الماهية
فلا يتوقف الحكم المرتب على الأمر الكامل إلى زيادة وصف لادلالته في اللفظ
عليه لأنه يجري مجرى النسخ .

قوله والحجة عليه ما بيناه وهو قوله لوجود الدخول في نكاح صحيح وقوله وفسره في الجامع
الصغير فقال غلام لم يبلغ ومثله بجامع معناه أن تتحرك آلته ويشتهي وهذا لان في
التحديث ذكر الذوق من الطرفين وهذا إنما يتحقق في المراهق الذي يشتهي والأولى أن
يكون المحلل حرا بالغ أو الإمام فاصيخان وثبوت الحل للزوج الأول بوطنى الصبي مذهبنا
يثبت الحل بوطنى الزوج الثاني سواء كان صبيا أو مملوكا أو حرا أو مملوكا وقال الحسن
البصري لا يحلها جامع الصبي لان عنده التحليل لا يتم بدون الانزال وعندما لك
والشافعي رح لا يتم التحليل إلا بجماع من كان من أهل الماء قوله وإذا تزوجها

عدتي والمدة تحتل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة

ينتهي بوجود ضده كالصوم ينتهي بمجيء الليل وكذا بوجود ضده وهو الاكل وكذا
الحبوة تنتهي بوجود ضده وهو الموت وكذا الرق ينتهي بوجود ضده وهو العتق فكذا
الحرمة هنا ينتهي بوجود الزوج الثاني لانه يوجب ضدها وهو الحل وهذا لان الشيء
قد يكون غاية بصورته وقد يكون غاية بمعنى فاعلمنا غاية بمعنى لانه يثبت الحل به وهذا
كالنص المحلل اذ لو لم يبق النص المحرم لان النص المحلل رافع للنص المحرم لان هذا
بد أعلى الله تعالى ولكن تبين بان النص المحرم يوقت الى هذا الوقت فكان غاية
بمعناه لانه يثبت ضده وهو الحل فكذا هنا يدل عليه قوله تعالى حتى تغسلوا ولا شك ان
الاغتسال كما ينتهي به الحدث تثبت به الطهارة الجديدة فان قيل الزوج الثاني انما صار
محللا للحاجة ولا حاجة هنا فكان بمنزلة المعذور اذا توفى في آخر وقت الظهر بعد ما صلى
الظهر وانقطع الدم ينتقض وضوءه بالسيلان في وقت العصر لعدم حاجته الى تلك الطهارة
قلنا انما يستقيم هذا ان لو كان كونه مشبها للحل لمكان الحاجة وليس كذلك الا ترى انه
لو تزوجها على قصد ان لا يطلقها ابدا ولم يكن من قصدا لاول ان يراجعها ابدا يثبت الحل
بخلاف طهارة صاحب العذر فابها شرعت للحاجة وهذه مسألة اختلف فيها اصحاب النبي
عليه السلام ما قاله ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله قول ابن عباس وابن عمر وابراهيم النخعي
 واصحاب عبد الله بن مسعود رضي الله عنهم وما قاله محمد وزفر والشافعي رحمهم الله
قول عمرو وعلي وابي بن كعب وعمران بن حصين وابي هريرة رضي الله عنهم
فاخذ الشبان بقول المشايخ من الصحابة والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان
من الصحابة كذا في المبسوط .

واذا طلقها ثلثا فقالت فدانقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت

في الحكم المختص بالطلاق كما بعدا لتطبيقات الثالث وبيان هذا ان بالتطبيقات الثلاث
تصير محرمة ومطلقة ثم باصابة الزوج الثاني يرتفع الوصفان جميعا وتلحق بالاجنبية
التي لم يتزوجها فبالتطبيق الواحدة تصير موصوفة بانها مطلقة فيرتفع ذلك باصابة الزوج
الثاني ثم الدليل على ان الزوج الثاني رافع للمحرمة وموجب للحل قوله عليه السلام
لعن الله المحلل والمحلل له والمحلل من يثبت الحل كما لمسود من يثبت السواد
فان قيل انما يثبت كونه محلا بهذا النص عند استحقاق اللعن فكيف يثبت التحليل
عند عدمه قلنا لما ثبت التحليل مع استحقاق اللعن فلان يثبت التحليل عند عدمه او لا
على ان التحليل من حيث انه زوج واستحقاق اللعن ليس بهذا الاعتبار بل بامر آخر
ولما كان محلا وجب ان يكون مفيدا للحل لا يزول الا بثلث تطبيقات فكذا في المنازع فيه
او نقول لما كان مفيدا لاصل الحل فلان يكون مكمل للحل او لا لان اثبات الوصف
ايسر من اثبات الاصل ولا ذلك الا بهدم الطلقة والطلقتين فان قيل الزوج الثاني غاية
للمحرمة بكتاب الله تعالى فمتى جعلناه مثبتا للحل مطلقا يلزم تغيير قضية الكتاب ومتى
جعلناه غاية للمحرمة يكون عملا بحقيقة الكتاب وبمجاز الخبر وهذا اولي من العمل بحقيقة
الخبر وبمجاز الكتاب فلنأخذ نحن بعمل بحقيقتيهما لان الكتاب جعله غاية ونحن جعلناه
غاية والخبر جعله محلا والكتاب ساكت عنه فجعلناه محلا فكان هناعملا بحقيقتيهما
وانتم فان عملتكم بحقيقة الكتاب وبمجاز الخبر فكان ما ذهبنا اليه او لا فان قيل جعله
محلا يخل بمعنى الغاية لان غاية الشيء بمنزلة ما ينتهي به الشيء من غير ان يكون
مؤثرا في شيء ومثبتا لشيء قلنا لا من افاة بينهما لان الشيء كما ينتهي بمضي الوقت

باب الایلاء

واذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربک اوقال والله لا اقربک اربعة اشهر

لان المكذب عادة كالمكذب حقيقة الا ترى ان الوصي اذا قال انفقت في يوم مائة درهم على الصبي لا يصدق وان كان محتملا بان يشتري له نفقة فيسرق وثم فيحرق وثم فيغرق ثم وثم لكونه نادرة ولا احتمال لتصديقها في تلك المدة الا بعد امور نادرة ان يكون الايقاع في آخر اجزاء الطهر وحيضها اقل مدة الحيض وطهرها كذلك وان لا يؤثر الاخبار عن ساعة الانقضاء وان كانت امة فعندهما تصدق في احد وعشرين يوما ستة للحيضتين وخمسة عشر للطهر وعندة في رواية محمد رحمه الله في اربعين يوما كانه طلقها في اول الطهر فطهران ثلثون وقرآن عشرة وعلى رواية الحسن في خمسة وثلثين فقرآن عشرون والطهر خمسة عشر والله تعالى اعلم بالصواب •

باب الایلاء

هو في اللغة الحلف من الی اي حلف يؤلي ايلاء من الالية وهي الحلف قال الشاعر
 قليل الا لا يا حافظ ليمينه وان بدرت منه الالية برت
 وفي الشرع عبارة عن الحلف على ترك وطى المنكوحة اربعة اشهر واكثر وركنه
 والله لا اقربک ونحوه وشرطه كون اليمين معقودة على منع وطى المنكوحة واهله من هواهل
 للطلاق عند ابي حنيفة رح وعندهما من هواهل للكفارة وسببه ما هو السبب في الطلاق
 الرجعي لما ان الابانة فيه موقنة الى وقت وههنا ايضا موقنة الى وقت والسبب الداعي هناك عدم
 الموافقة والتدارك في الطلاق الرجعي غير مستعقب مكروها وههنا يعقب مكروها لکن لا ينقص
 عدد الطلاق وحكمه المتعلق بالبر وفروع الطلاق عند مضي اربعة اشهر والحكم المتعلق
 بالحنث الكفارة ان كان يميننا بالله تعالى وان كان يميننا بغيره فما جعل جزاء على الحنث

(كتاب الطلاق ... فصل فيما تحل به المطلقة)

لأنها معاملة أو مردني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر
إذا كانت المدة تحتمله واختلفوا في أدنى هذه المدة وسببها في باب العدة إن شاء الله
تعالى والله تعالى أعلم بالصواب •

قوله لأنها معاملة أي النكاح معاملة وفي المعاملات يعتبر خبر كل مميز لعموم
الضرورة الداعية إلى سقوط سائر الشرائط كالوكالات والمضاربات والاذن في التجارة
قوله أو مردني لتعلق الحل به لأن الحل حق الشرع فيقبل قول الواحد كما
في خبر نجاسة الماء وطهارته أو روت حديثاً **قوله** وسببها في باب العدة وعدوم يذكروها
في باب العدة وأدنى هذه المدة عند أبي حنيفة رحمه الله شهران إن أقرت بالمضي
بالأقراء وعندهما تسعة وثلثون يوماً كأنه طلقها في آخر الظهر وحيضها ثلثة وظهرها
خمس عشرة يوماً فتمضي عدتها بطهرين ثلثين يوماً وثلثة أقراء تسعة أيام للإمكان وقيل
على قياس قول أبي يوسف رح تصدق في مبعة وثلثين يوماً ونصف وأربع ساعات لأن أقل
الحبض عنده يومان وأكثر اليوم الثلث فيجعل كل حبض يومين ونصف يوم وساعة
فذلك سبعة ونصف وثلث ساعات وساعة للأخبار والاختصار ولأبي حنيفة رحمه الله
على ما ذكره محمد رحمه الله أن يجعل كأنه طلقها في أول الظهر تفادياً عن إيقاع الطلاق
في الظهر بعد الجماع وظهرها خمسة عشر يوماً لأنه لا غاية لأكثره وحيضها خمسة أيام
لأن أقله وأكثره نادر فاعتبرنا الوسط فثلثة أظهار تكون خمسة وأربعون يوماً ثلث
حبض يكون خمسة عشر يوماً فذاصنون يوماً وعلى ما روى الحسن عنه أن يجعل
كأنه طلقها في آخر الظهر احترازاً عن تطويل العدة ثم حبضها عشرة أياماً فذاصنونا طهرها
بأقل المدة قدرنا حبضها بأكثر ليعد لأنظر أن ثلثون وثلث حبض ثلثون فذاصنون
ولامعنى لما قال لأن الأصين إنما يقبل قوله إذا لم تكذبه العادة وأما إذا كذبه العادة فلا

فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقطت اليمين لانها كانت موقنة به وان كان حلف على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فان عاد فتزوجها عاد الایلاء فان وطئها الارتعت بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقتها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الایلاء من وقت التزوج فان تزوجها ثلثا عاد الایلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها لما بينا فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الایلاء طلاق لتقييده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسألة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقتها وعدم الحنث فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن مؤيلا لقول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما لا الایلاء فيما دون اربعة اشهر

قوله فان كان حلف على الابد بان قال والله لا اقربك ذكر الابد اولم يذكر **قوله** الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج وذكر في المبسوط اذا آلى من امرأته ایلاء مطلقا من غير ان يقيده باربعة اشهر فبانت بمضي اربعة اشهر هل ينعد مرة اخرى قبل ان يزوجها ام لا كان ابو سهيل السرخسي يقول ينعد حتى اذا تمت اربعة اشهر قبل انقضاء عدتها وقعت تطليقة اخرى وكذلك الثالثة قال لان معنى الایلاء كلما مضت اربعة اشهر ولم اقربك فيها فانت طالق تطليقة بائنة ولو صرح بها كان الحكم فيه ما بينا وكان الكرخي رحمه الله يقول لانعد المدة الثانية ما لم يتزوجها وهذا هو الاصح لان في انعقاد اليمين ابتداء لا بدله من اعتبار معنى الاضرار وذلك لا يتصور بعد البينونة ما لم يتزوجها لانه لاحق لها في الجماع فلذلك لا ينعد المدة الثالثة ما لم يتزوجها **قوله** فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن مؤيلا وقال ابن ابي ليلى يكون مؤيلا فان تركها اربعة اشهر بانت بتطليقة وهكذا كان

فهو مؤل لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربصن أربعة أشهر الآية فان وطئها في أربعة أشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الإيلاء لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانته منه بتطبيقه وقال الشافعي رحمه الله تبين بتفريق القاضي لانه ما منع حقها في الجماع فينبوب القاضي منابه في التسريح كما في الحب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو لما ثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضوان الله تعالى عليهم اجمعين وكفى بهم قذوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة

قوله فهو مؤل لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم الآية والتمسك بالآية لبيان شرعية الإيلاء وليبان انه اذا حلف على ترك وطئها أربعة أشهر فهو مؤل فان وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة وعند الشافعي رحمه الله يحنث في يمينه ولا تلزمه الكفارة لان الله تعالى وعد المغفرة وبعد ما صار مغفورا لا تجب عليه الكفارة لما ان الكفارة للستر قلنا وعد المغفرة في الآخرة ومع ذلك وجبت الكفارة للحنث في اليمين قال الله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية كذا في المبسوطين **قوله** ولنا انه ظلمها بمنع حقها في الجماع فان قيل لو كان الجماع حقها كان لها ولاية المطالبة وليس لها ذلك بعدما وطئها الزوج مرة قلنا ان لم يكن مستحقا عليه حكما فهو مستحق عليه ديانه ويدل عليه ما ذكره الامام قاضي خان رحمه الله تعالى عليه في باب العنين من الجامع الصغير ان الزوج اذا وطئها مرة ثم عجز بعد ذلك لا خيار لها لان ما هو لمقصود وهو تأكد المهر والا حصان وغير ذلك يحصل بالواحدة وما زاد على ذلك فهو مستحق عليه ديانه لا حكما *

لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصحيحه فانه لا يصح مع التنكير ولا كذا. كاليمين ولو قر بهافي يوم والباقي اربعة اشهر او أكثر صار مؤليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامراته بهالم يكن مؤليا لانه يدكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة

قال ولو حلف بحج او بصوم او بصدقة او عتق او طلاق فهو مومل لتحقيق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعة فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها او طلاق صاحبها وكل ذلك مانع

لا اقربك شهرين ومكث يوما او ساعة ثم قال والله لا اقربك شهرين او شهرين بعد الشهرين الاولين اوقال والله لا اقربك شهرين ولا شهرين لم يكن مؤليا اما فيما مكث لم يتكامل مدة المنع وفيما اعاد فيه حرف النفي صار الثاني ايجابا آخر فصار الاجلين فتدخلا الا ترى ان من قال والله لا اكلم فلانا يوما ويومين فمدة المنع ثلاثة ايام ولو قال يوما ولا يومين يكون ايجابين فيتدخلا فمدة المنع يومان.

قوله لان المستثنى يوم منكر فلما كان منكرا كان ما من يوم يمر بعد يمينه الا ويمكنه ان يجعله اليوم المستثنى فتقر بهافي من غير ان يلزمه شيء ثم لو صرفنا ذاك اليوم الى آخر السنة كان معينا وتغير كلامه من غير حاجة لا يجوز بخلاف الاجارة لانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين لان اليمين يصح مع الجهالة كما اذا قال والله لا اتزوج امرأة بخلاف ما لو قال بنقصان يوم فانه يكون مؤليا لان النقصان لا يكون الا من آخر المدة فان قيل اذا قال لغيره والله لا اكلمك سنة الا يوما فان اليوم المستثنى ينصرف الى آخر

ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع وبمثلته لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو منزل لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولو مكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الا ان لم يكن مؤليا لان الثاني ايجاب مبند أو قد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية اربعة اشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن مؤليا خلافا لفرقة رحمته الله تعالى عليه هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المؤلي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه ويمكنه ههنا

يقول ابو حنيفة رحمه الله تعالى عليه ولا فلما بلغه فتوى ابن عباس رضي الله تعالى عنهما لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر رجع عنه •

قوله ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع هذا التعليل انما يستقيم على ما ذكر في المبسوط واذا عقد يمينه على شهر فهو يتمكن من قربانها بعد مضي الشهر بغير شيء يلزمه فحينئذ يكون الامتناع في اكثر المدة بلا مانع ولا يستقيم فيما اذا عقد يمينه على ثلاثة اشهر لان المانع يكون في اكثر المدة حينئذ وقيل المراد باكثر المدة اربعة اشهر وهو جميع مدة الايلاء وماها اكثر اكونها اكثر من مدة حلف على ترك قربانها فاذا كان المراد به جميع المدة فلا شك ان المانع غير موجود في جميع صور التي دون تلك المدة وان وجود المانع في البعض لانتفاء المجموع بانتفاء البعض وهو ضعيف اذ لو كان المراد بذلك لقال في اكثر المدين **قوله** وبمثلته اي وبمثل الحلف الذي انعقد على ما دون اربعة اشهر لا يثبت حكم الطلاق بمضي اربعة اشهر ولو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين او قال والله لا اقربك شهرين وشهرين كان مؤليا اما لو قال والله

ومدة ایلاء الامة شهران لان هذه مدة ضربت اجلًا للبينونة فتتصرف بالرق كمدة العدة وان كان المؤلّي مريضًا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة رتقاء او صغيرة لا تجامع او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الایلاء ففیئنه ان يقول بلسانه فئت اليها في مدة الایلاء فان قال ذلك سقط الایلاء وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لا في الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي رحمة الله تعالى عليه

قوله ومدة ایلاء الامة شهران وقال الشافعي رحمة الله مدتها كمدة ایلاء الحرة وهذا يبتني على اصل وهو ان عده المدة ضربت لظاهر الظلم بمنع الحق في الجماع والحرة والامة في ذلك سواء وعندنا ضربت اجلًا للبينونة فشابهت مدة العدة فينتصف بالرق لانه من حقوق النكاح كذا في الايضاح **قوله** وان كان المؤلّي مريضًا الى آخره فان قيل ينبغي ان لا يصح ایلاء المريض لان الحكم بتويع الطلاق عند انقضاء اربعة اشهر للحاجة الى دفع الظلم عنها لان الوقاع حق معتحق وبالا متناع بقوله والله لا اقربك بصيرطًا لما قلنا النص يقتضي صحة الایلاء من النساء مطلقًا غير مقيد بوصف الصحة وفيما ذكر من التعليل ابطال حكم النص والتعليل بوجه يبطل حكم النص باطل لان الحكم في موضع النص ثابت بالنص لا بالعلة ولان المرض قد يطول وقد يقصر فكان هو ظالمًا على تقدير ان يقصر مرضه من اربعة اشهر فان قيل اذا كان بينهما مسيرة اربعة اشهر يقدر على الفی بالجماع بان يخرج هو اليها وتخرج هي اليه فيلتقيان فيما دون اربعة اشهر قلنا الزوج لا يقدر على ذلك بنفسه والقدرة بالغير غير معتبرة اما على اصل ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه فظاهر فان الاعمى لا تجب عليه الجمعة عنده وان وجد فائدوا ما عندهما ففيمالحن فيه لا يقدر الزوج على اكتساب سبب القدرة بخلاف مسئلة الجمعة •

وان آلى من المطلقة الرجعية كان مؤليا وان الى من المباشنة لم يكن مؤليا لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من تكون من نساءنا بالنص فلوا نقضت البعد قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لغوت المحلية ولو قل لا جنسية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن مؤليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قريها كهر لتحقق الحنث اذا اليمين منعقدة في حقها

السنة فلما الحمل على اليمين الغيظانه قائم في الحال فيكون المنع من الكلام مراد في الحال فلذلك صرف اليوم المستثنى الى الآخرة

قوله وان آلى من المطلقة الرجعية كان مؤليا لان الزوجية قائمة فان قيل الايلاء انما يتحقق باعتبار الظلم من الزوج يمنع حقها في الجماع ولا حق للمطلقة الرجعية في الجماع لا قضاء ولاد يانه حتى ان المستحب للزوج ان يراجعها بدون الجماع فلم يكن الزوج مانعا حقها فلا يكون ظلما فينبغي ان لا يترتب عليها جزاء الظلم فلما شرعية الايلاء ثبت بقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم والمطلقة الرجعية من نساءنا بالنص وقوله تعالى ويعولنهن احق بردهن والبعل هو الزوج فكانت المرأة هي الزوجة وفي المنصوص لا يعتبر المعنى **قوله** اذا اليمين منعقدة اي في حقها اي في حق الحنث لا في حق الطلاق وهذا لان الايلاء يمين تعلق ببرها الطلاق كانه قال ان لم اقربك اربعة اشهر فانت طالق بائن فاذا زال ذلك لا جنسية فقد حلف بالطلاق في غير الملك ولم يضاف الى سبب الملك فبطل ايجاب الطلاق وبقي يمينا مطلقا لان اليمين يعتمد بصورة البرحسا لاملكا شرعا لا ترى انها تنعقد على المحرام والمعصية فينعقد هنا فاذا قريها الزمته الكفارة

وان قال اردت اطلاق فهي تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلث وقد ذكرناه في الكنايات
وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد
رحمه الله ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه اطلاق المحرمة
وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد وان قال اردت التحريم اولم ارد به شيئا فهو
يمين يصير به مؤبلا ان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا وسند كره في
الايمان ان شاء الله تعالى ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غيرنية
بحكم العرف والله اعلم بالصواب •

حرام كذب وارادة الكذب من الكلام الكذب حقيقة له وذكر في المحيط وان
قال نويت به الكذب فهو كذب ولا حكم له ويصدفه القاضي لانه فسر لفظه بما يقتضيه
ظاهرة وهو نظير ما لو قال لامرأته انت حرة وقال اردت نعتها بالحرية لا الطلاق يدين
في القضاء هكذا ذكر شمس الزئمة الحلواني رحمه الله •

قوله يصير به مؤبلا ان اقل اسباب المحرمة اليمين لان حرمتها مغيبة الى الكفارة بخلاف
المحرمة بالطلاق وفي الظهار ان ارتفع حرمة بالكفارة لكن كفارة اليمين ايسر ولان
المحرمة في اليمين لغيره بخلاف الظهار حتى نحل له مباشرتها بعد الإيلاء بخلاف الظهار

قوله من غيرنية بحكم العرف روي ان هذه المسئلة وقعت في عصر ابي جعفر الهندواني
رحمه الله تعالى فاشكل عليه وكان يقول في نفسه ينبغي ان لا يقع الطلاق فكان بتفكر فيه
اياما وكان مغتما في ذلك وكانت له ابنة صغيرة فقالت له يوما يا ابي اراك
مغتما فقال لها كيت وكيت فقالت لاشك في هذا انه يقع الطلاق لما ان العرف
ان الرجال يحلفون به دون النساء فلو لم يكن طلاقا لحلفت به النساء ايضا
والله تعالى اعلم بالصواب •

لانه لو كان فيما كان حشاً ولنا أنه اذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان واذا ارتفع الظلم لا تجزى بالطلاق ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفیء وصار فيقه بالجماع لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف واذا قال لا مرأته انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين ظاهرا

قوله لانه لو كان فيما كان حشاً لان المتعلق بالفیء حکمان وجوب الكفارة وامتناع حکم الفرقة ثم الفیء باللسان لا يعتبر في احد الحكمين وهو الكفارة فكذلك في الحكم الآخر وانما نقول الكفارة تجب بالحنث والحنث لا يتحقق بالفیء باللسان وعندنا لعجز عن الفیء بالجماع فكان الفیء بالجماع اصلا وباللسان بدلا منه لان الفیء عبارة عن الرجوع واذا كان قادرا على الجماع فانما قصد الاضرار بمنع حقها في الجماع ففيه بالرجوع عن ذلك بان يجامعها واذا كان عاجزا عن الجماع فلم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع فانه لاحق لها في الجماع في هذه الحالة وانما قصد الاضرار بما يحاشها بلسانه ففيه بالرجوع عن ذلك بان يرضيها بلسانه لان التوبة بحسب الجناية ومذهبنا مروى عن علي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما كذا في المبسوط **قوله** قبل حصول المقصود بالخلف وهذا لان المقصود من الفیء باللسان عدم ثبوت البينونة بمضي اربعة اشهر وذلك انما يترتب على مضي هذه المدة وقبل مضي هذه المدة اذا صح صار ظاهرا لما يمنع حقها في الجماع فبطل الفیء باللسان للمقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف لان المقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل يسقط اعتبار البدل كالمتميم اذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلوة **قوله** فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه لان امرأته حلال له وقوله انت علي

فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بآئته ولزمه المال لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بآئته ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات بائن الا ان ذكر المال اغنى عن النية هنا

قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به اي فلا جناح على الرجل فيما اخذ وعلى المرأة فيما اعطت **قوله** فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بآئته وفي احد قولي الغافعي رحمه الله تعالى عليه هو فسخ حتى لو خالعهما بعد التطلعتين لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره عندنا خلا فآله قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به بعد قوله ته الى الطلاق مرتان الى ان قال فان طلقها فلا تحل له من بعد فلو جعلنا الخلع طلاقا لصارت التطليقات اربعا ولان النكاح عقد يحتمل الفسخ حتى يفسخ بخيار عدم الكفاءة وخيار العتق وخيار البلوغ عندكم فيحتمل الفسخ بالتراضي ايضا وذلك بالخلع كما يبيع ولنا ما روى عمرو وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ان النبي عليه السلام قل الخلع تطليقة بآئته والمعنى فيه ان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه الا ترى انه لا يفسخ بالهلاك قبل التسليم بان الملك الثابت به ضروري لا يظهر الا في حق الاستثناء والفسخ بسبب عدم الكفاءة فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع عن الاتمام وكذلك في خيار العتق والبلوغ واما الخلع فيكون بعد تمام العقد والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ولكن يحتمل القطع في الحال فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد في الحال واما الآية فقد ذكر الله تعالى التطليقة الثلاثة بعوض وبغير عوض فبهذا الا يصير الطلاق اربعا **قوله** حتى صار من الكنايات اذا قال الرجل لامرأته خلعتك او خالعتك ونوى الطلاق يقع به الطلاق لانه يحتمل الطلاق لان الانحلاع يكون عن الثياب وعن الخيبرات وعن النكاح فاذا نوى الانحلاع عن النكاح يصح ولما صار من الكنايات لا بد من النية الا ان ذكر

باب الخلع

وإذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس بأن تغتدي نفسها منه بما ل
يخلعهما به أقوله تعالى

باب الخلع

الخلع بالفتح النزع يقال خلع ثوبه عن بدنه أي نزع وخالعت زوجها إذا اقتدت منه
بما لها والاسم الخلع بالضم قال الله تعالى هن لباس لكم وأنتم لباس لهن فكانهما إذا فعلا
ذلك نزعاً لباسهما وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى فلا جناح عليهما فيما اقتدت به
والأسنة وهي ما روي أن جميلة كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس فجاءت إلى
رسول الله عم وقالت لا أعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أخشى الكفر في الإسلام
أشدّة بغضي إياه فقال عليه السلام اتردين عليه حديقته فقالت نعم وزيادة فقال عليه السلام
أما الزيادة فلا وأجمع الأمة والمعقول وهو أن ملك النكاح معتبرينمكن به من إقامة
المصالح الكثيرة فيجوز الاعتياض عنه وإن لم يكن مالا كملك القصاص وسواء كان بلفظ
الخلع أو الطلاق والمباراة أو البيع بأن يقول خلعتك على ألف درهم أو طلقتك على ألف
أو بارأتك أو بيعت نفسك أو طلاقك على ألف ففي الوجوه كلها لا يقع الطلاق إلا بقبولها في
المجلس لأنها معاوضة قال إذا تشاق الزوجان أي اختلفا وتخاصما مشتق من الشق
وهو الجانب وإنما سمي به لأن كل واحد من المتشاقين يأخذ شقا خلافاً شق صاحبه
وهذا كالتخاصم والتعادي لأن كل واحد من المتخاصمين والمتعادين يأخذ خصماً وهو
الجانب وعدوه وهي جانب الوادي خلاف جانب صاحبه .

قوله وخافا أن لا يقيما حدود الله أي ما يلزمهما من مواجب الزوجية

وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج يمنيد بالطلاق تنجيزا
او تعليقاً وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما
يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالمقاص وكان الطلاق بائنا لما بينا ولانه معاوضة المال
بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك هي الاخر وهو النفس تحقيقا للمساواة
قال وان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلم على خمر او خنير او مينة فلا شيء
للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعياً فوقوع الطلاق في الوجهين
للتعليق بالقبول وانفراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع
وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شيء عليها لانها ما
سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له لانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره
لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمر لانها سمت مالا فصار مغرورا

المشروعية في نفسه كما في قوله عليه الصلوة والسلام لا اتخذوا دوايكم كراسي وانما قلنا ذلك
لان المرأة تصرف في مالها بالدفع الى الزوج باختيارها فمن اين يثبت عدم مشروعية الاخذ
فان قيل حديث امرأة ثابت خبروا حد واطلاق قوله تعالى فلا جناح يدل على حل
الزيادة فكيف يعارضه خبر الواحد قلنا خص من الآية الفضل عن المهر اذا كان
النشوز من قبله بقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج فانه يكره الفضل
بالاجماع فجاز تخصيصه بخبر الواحد.

قوله وانه طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق وانما وقع بالقبول ولم يتوقف على الاداء
بدلالة ذكره في مقام المعاوضة وفي المعاضات يتعلق الحكم بالقبول دون الاداء
قوله وكان الطلاق بائنا لما بينا وهو قوله ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها

(كتاب الطلاق باب الخلع)

ولأنها لا تسلم المال إلا تسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وإن كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها عوضا لقوله تعالى وإن اردتم استبدال زوج مكان زوج إلى أن قال فلا تأخذوا منه شيئا ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال وإن كان النشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاهما وفي رواية الجماعة مع الصغير امرأة اختلعت على أكثر من المهر الذي تزوجها عليه والنشوز منها طاب الفضل أيضا لطلاق ما تلونا بديا ووجه الأخرى قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت بن قيس بن شماس ما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك إذا أخذوا النشوز منه لأن مقتضى ما تلونا به شيآن الجواز حكما والاباحة وقد ترك العدل في حق الاباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي

المال أغني عن النية ههنا وفي الذخيرة وإذا أخلع الرجل امرأته ثم قال لم أنوبه الطلاق فإن لم يذكر بدلا صدق ديانته وقضاء وإن ذكر بدلا بان قال لها خالعتك على ألف درهم ثم قال لم أعن به الطلاق لا يصدق *

قوله ولأنها لا تسلم المال عطف على قوله لقوله عليه الصلوة والسلام الخلع تطليقة بآئته **قوله** لا طلاق ما تلونا به ديا أي فلا جناح عليهما فيما اقتدت به **قوله** لأن مقتضى ما تلونا به شيآن الجواز حكما والاباحة الجواز قد يثبت بدون الاباحة فإن البيع وقت النداء يجوز ولا يباح فالجواز ضد الفساد وأريد بالجواز هنا عدم الحرمة والاباحة ضدها الكراهة **قوله** وقد ترك في حق الاباحة لمعارض وهو قوله تعالى فلا تأخذوا منه شيئا وقوله عليه السلام ما الزيادة فلا فإن قيل الأخذ فعل حمي وقد ورد النهي عنه بتأكيديات تأخذونه وكيف تأخذون والنهي عن الأفعال المحسبة يعدم المشروعية فكيف بالمؤكدات فينبغي أن لا يكون الأخذ مشروعا أصلا فكيف جاز مع الكراهة فلما النهي وإن ورد عن الفعل المحسبي لكن هو لمعنى في غيره وهو زيادة الإحاش فلا تعدم

فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للمضرر عنه ولو قالت خالغني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شي فعليها ثلاثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلاثة

الجهالة وان لم يكن فيه شي فلاشي عليه بخلاف ما اذا اختلعت على ما في بينها من مناع فله ما فيه وان لم يكن فيه شي فلاشي لرجوع عليها بالمهر الذي اخذت منه لانها غرته بذكر ما هو مال متقوم ولا يمكن اثبات الرجوع بقيمة المناع لانه مجهول الجنس والقدر ولا بقيمة البضع لانه عند الخروج من ملك الزوج غير متقوم •

قوله فتعين ايجاب ما قام به اي ما قام البضع به وهو المهر **قوله** ولو قالت خالغني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل ولم يكن في يدها شي فعليها ثلاثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلاثة فان قيل ذكرت في كلامها حرف من وهو للتبعيض فينبغي ان يجب بعض الدراهم وذا درهم او درهمان كقوله ان كان في يدي من الدراهم الثلاثة فعبد ه حروفي يده اربعة دراهم فانه يحتمل قلنا من المتبعيض وقد يكون للبيان والتمييز في كل موضع تم الكلام بنفسه ولكنه اشتمل على ضرب ابهام فمن التمييز كقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان والا فللتبعيض وقولها خالغني على ما في يدي كلام تام بنفسه حتى جاز الاقتصار عليه الا ان فيه نوع ابهام لان ما في يدها قد يكون من انواع شتى فاذا قالت من الدراهم فقد بينت ما ابهمت نصارك انها قالت خالغني على الدراهم وقوله ان كان في يدي غير تام بنفسه حتى لا يجوز الاقتصار عليه فكان للتبعيض فان قيل هذا مستقيم اذ لم تكن الدراهم محلاة بالالف واللام اما اذا كانت محلاة بهما فينبغي ان يجب درهم واحد كما لو حلف ان لا يشتري العبيد او لا يتزوج النساء لان الجمع المعروف باللام كما لمفردا لمعرف باللام قلنا انما ينصرف الى الجنس اذا عري عن قرينة دالة على العهد كما في الظير وقد وجدت القرينة الدالة على العهد هنا وهو قولها على ما في يدي وهذا لان

وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضى بزواله مجانا اما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم على ما ذكر وبخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهار الشرفه فاما الاسقاط فنفسه شرف فلا حاجة الى اخباب المال .

قال وما جازان يكون مهرا جازان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم او لى ان يصلح لغير المتقوم فان قالت له خالغني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانها لم تغره بتسمية المال وان قالت خالغني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت ما لا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى الجواب المسمى بقيمته للمجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج

قوله وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر ولو كاتب على مائة او دم فان الكفاية هناك باطللة حتى لو ادعى لا يعتق ولا تجب القيمة كذا ذكره الامام الاسي جابي رحمه الله **قوله** وما جازان يكون مهرا جازان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس ولهذا يصلح اقل من عشرة دراهم بدل الخلع ولا يصلح مهرا وفي المبسوط وان اختلعت منه بما في بطن جاريته او بطون غنمها فهو جائز وله ما في بطونها بخلاف الصداق فان في مثله يجب مهر المثل وان لم يكن في بطونها شيء فلا شيء له لانه ما غرته فما في البطن فديكون مالا متقوما وقد يكون غير ذلك من ربح او ولده ميت **قوله** فان قالت له خالغني على ما في يدي اراد بالبدا اجارحة لانها لم تغره بتسمية المال لان كلمة ما عامية تتناول المال وغيره وذكر في المبسوط وان اختلعت بما في بيتها من شيء فهو جائز وكل ما في البيت في تلك الساعة فهو له لان بالاشارة الى المحل ينقطع المنازعة بينهما بحسب

وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا

قوله وله ان كلمة على للشرط اي تستعمل للشرط لان اصلها اللزوم فاستعير للشرط لانه يلزم الاجزاء فصارت طالبة للثالث بالالف بكلمة هي للشرط فصار الطلقات الثالث شرطاً الوجوب الالف فصار كأنها قالت ان طلفتني ثلثا فلك الالف ولا يقال كلمة على دخلت على الالف فكيف يكون الطلاق شرطاً فلنا صار كل واحد من الطلاق والمال شرطاً لصاحبه فصار دخولها على المال مثل دخولها على الطلاق بحكم الاتحاد وذكر في المبسوط وابو حنيفة رحمه الله يقول حرف على للشرط حقيقة لانه حرف التزام ولا مقابلة بين الواقع وبين ما التزم بل بينهما معاقبة كما يكون بين الشرط والجزاء فكان معنى الشرط فيه حقيقة والنسك بالحقيقة واجب حتى يقوم دليل المجاز واذا كان محمولا على الحقيقة والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزءاً فجزأ وانما شرطت لوجوب المال عليها اي قاع الثلث فاذا لم يوقع لا يجب شيء وبه فارق بين البيع والاجارة لان معنى الشرط هناك تعذر رعايته فانه لا يحتمل التعليق بالشرط فلذلك جعلنا حرف على فيها بمعنى الباء وقوله في الهداية وله ان كلمة على للشرط يحتمل انه اراد به ما ذكر في المبسوط من قول ابي حنيفة رحمه الله ان حرف على للشرط حقيقة ويحتمل ان يريد ان كلمة على في هذا الموضع للشرط لان كلمة على للاستعلاء وضعا يقول زيد على العظم فان تعذر يحمل على الالتزام يقول عليه دين فان تعذر يحمل على الشرط لمناسبة بين الشرط والالتزام ومعنى الالتزام لها بمنزلة الحقيقة لان استعما لها بمعنى الالتزام شائع مستفيض وفي الشرط معنى الالتزام فيصير كأنه للشرط حقيقة ولهذا قال كلمة على للشرط •

وكلمة من ههنا للصلة دون التبعض لان الكلام يختل بدونه فان اختلفت
 على عبد لها ببق على انها بريئة من ضمانه لم تبرء وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته
 ان عجزت لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض واشترط البراءة عنه شرط فاسد
 فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح واذا قالت طلقني ثلاثا بالف
 فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلث بالف فقد طلبت كل واحدة بثلث
 الالف وهذا لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق
 بائن اوجب المال وان قالت طلقني ثلاثا على الف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند
 ابي حنيفة رحمه الله ويملك الرجعة وقالاهي واحدة باثثة بثلث الالف لان كلمة على
 بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بد رهم وعلى درهم سواء

الدرهم جمع حقيقة وانما ينعطل معنى الجمعية عند اداة الجنس للضرورة ولا ضرورة
 هنا على انه انما ينصرف الى الجنس اذا امكن حمله على كل الجنس ولم يمكن هنا
 لاستحالة ان يكون كل درهم في يدها .
قوله وكلمة من ههنا صلة لا للتبعض فكل موضع يصح الكلام بدونه يكون
 للتبعض كما في مسألة الجامع ان كان في يدي من الدرهم فعبده حروفي كل
 موضع يختل الكلام بدونه كما في مسألة الخلع يكون صلة لان قولها خالغني على
 ماني يدي درهم بدون من يكون مختلا لان الموضع للتمييز نحذف من هنا يختل
 بالمقصود بخلاف مسألة الجامع فان الكلام فيها لا يختل بدونه فاذا ذكر جعل للتبعض
 لتحصل فائدة جديدة **قوله** فان اختلفت على عبد لها ببق على انها بريئة من ضمانه
 اي على انه ان وجد العبد تسلم اليه وان لم يوجد فلا شيء عليها لم تبرأ .

ولو قال أنت طالق على الف فقبلت طلقت وعليها الألف وهو كقوله أنت طالق بالف ولا بد من القبول في الوجهين لأن معنى قوله بالف بعوض الف يجب أي عليك ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا ولو قال لا مرأته أنت طالق عليك الف فقبلت أو قال لعبد أنت حر وعليك الف فقبل عنق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وكذا إذا لم يقبلا وقالوا على كل واحد منهما الألف إذا قبل وإذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعناق لهما أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فإن قولهم أحمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله أنه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله إلا بدلالة

قوله ولو قال أنت طالق على الف فقبلت طلقت وهو كقوله أنت طالق بالف أي في اشتراط القبول **قوله** ولا بد من القبول في الوجهين أي فيما إذا قال أنت طالق بالف وفيما إذا قال أنت طالق على الف وفي الجامع الصغير التمرتاشي رحمه الله قال لا مرأته أنت طالق بالف أو على الف أو على أن تعطيني الف أو خلعتك على الف أو ياراتك أو طلقتك بالف يقع بالقبول في المجلس وهذا يمين من جهة الزوج فيصح تعليقه وإضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ إذا كانت غائبة لأنه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهة المرأة مبادلة فلا يصح تعليقه وإضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس ولا يتوقف على البلوغ إلى الزوج لأنه تكميل المال من جهتها **قوله** والطلاق بائن لما قلنا إشارة إلى قوله لأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها .

(كتاب الطلاق ... باب الخلع)

ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا وهذا لانه لزوم حقيقة
 او استعبر للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالشرط لا ينوزع على اجزاء الشرط
 بخلاف الباء لانه للعوض على ما مرواذا لم يجب المال كان مبتدئا فرفع الطلاق ويملك الرجعة
 ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء
 لان الزوج ماضي بالبينونة لا تسلم له الالف كلها بخلاف قولها طلقتني ثلثا بالف لانها
 لما رضيت بالبينونة بالالف كانت ببعضها ارضى

قوله ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا يريد به ان قوله على ان
 تدخلي الدار يفيد ان الدخول شرط فكذا على الف والطلاق مما يحتمل التعليق بالشرط
 فلا حاجة الى العدول عن الحقيقة بخلاف البيع والا جارة فانه لا يحتمل التعليق بالشرط
 فيعذرا اعتبار الحقيقة فليستعارب معنى الباء فان قيل يشكل هذا بما اذا قالت المرأة لزوجها
 طلقني وفلانة على الف درهم فطلقها وحدها فكان عليها حصتها من المال بمنزلة ماله
 التمس بحرف الباء فلنا انما حملت هناك على معنى الباء لانه لا غرض لها في طلاق فلانة
 ليجعل ذلك كالشرط منها ولها في اشتراط ايقاع الثلث غرض صحيح **قوله** فالشرط
 لا ينوزع على اجزاء الشرط حتى اذا قال انت طالق ثنتين ان دخلت هذه الدار وهذه
 الدار فدخلت احدهما لا تطلق ولو كان منوزعا على اجزاء الشرط لوقعت تطليقة
 واحدة بمقابلة دخول دار واحدة وهذا لان الشرط علامة وقد جعل الكل علامة
 فلا يوجد المشروط حتى يوجد الكل ولان العوض يجب بالمعوض فينقسم عليه
 ولا يجب المشروط بالشرط •

والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لانه في جانبه يمين ومن جانبها شرطها
ولا بي حنيفة رحمه الله تعالى عليه ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها
ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه اما في جانبه يمين حتى لا يصح
رجوعه عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان وجانب العبد في العتاق مثل
جانبها في الطلاق ومن قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت
قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل
فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالقرار
به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونها اما البيع فلا يتم الا بالقبول فالقرار به اقرار
بمالا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه

قوله والتصرفان وهما ايجاب الزوج وقبول المرأة اما ايجاب الزوج فانه يمين لانه
ذكر شرط وجزاء معنى واليمين لا يقبل الفسخ واما قبول المرأة فانه شرط اليمين وكما
ان اليمين لا يقبل الفسخ فشرطها لا يقبل الفسخ ايضا ولا بي حنيفة رحمه الله ان الخلع
من جانبها معاوضة حتى يصح رجوعها قبل قبول الزوج ولا يتوقف على ما وراء المجلس
واما ما قبلها فمن جانبها شرط اليمين قلنا نعم قبول المرأة شرط في حق الزوج فاما في
حق نفسه فتمليك مال جعل شرطاً كرجل قال لا خزان بعنك هذا العبد بكذا فعبدى الآخر
هذا حرانه معلق بالمعاوضة فلم يمنع كونه معاوضة عن ان يكون شرطاً لليمين فكذا هذا
قوله ومن قال لامرأته طلقتك امس الى قوله ووجه الفرق ان الطلاق بالمال
يمين من جانبها والقبول شرط الحنث فتم اليمين بالقبول فلا يكون الاقرار باليمين اقرارا
بشرط الحنث لصحتها بدونها نصار القول قوله لان الزوجين اذا اختلفا في وجود الشرط
فالقول قول الزوج لانه منكر واما البيع فاجاب وقبول ولا صحة لاحدهما بدون الآخر

اذا اصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعناق ينفكان عن المال بخلاف البيع
والاجارة لانهما لا يوجدان دونه ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار او على
انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة
فان ردت الخيار في الثلث بطل وان لم ترد طلقت ولزمها الف وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالوا بالخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الف درهم لان الخيار
للمسح بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد

قوله اذا اصل فيها الاستقلال الا ترى انه اذا قال ان دخل فلان هذه الدار
فانت طالق وضرتك طالق تطلق ضررتها في الحال لافرادها بالخبر فصارت مستقلة بنفسها
ولو قال ان دخل فلان الدار فانت طالق وعبدي حر فان العنق يتعلق ايضا بالدخول لان
قوله وعبدي حر ان كان تاما كنه في حق التعليق فاصل لان خبر الاول لا يصلح خبرا
بخلاف مسئلة الضرة لانه يكفيه ان يقول وضرتك ان كان غرضه التعليق لان خبر الاول
يصلح خبرا له ولا دلالة هنا لان الطلاق والعناق شرعا بمال وبغيره والكفرام يابون فبول
بدل الخلع اشد الالباء بخلاف الاجارة لانها لم تشرع الا معاوضة فصلحت دلالة اولانه
لم يتردد بين الشرط والابتداء لا يجب المال بالشك بخلاف قوله ادالي الفاوانت حر لان
اول كلامه غير مفيد شيئا الا باخاره فانه يصير به تعليق للعنق باداء المال وههنا اول الكلام
ان صدر من الزوج بان قال انت طالق عليك الف درهم كان ايقاعا مفيدا بدون
آخره فلا حاجة الى ان يحمله على الحال وان صدر منها فهو التماس صحيح منها على
ما ذكرنا فهذا لا يحتمل على واو الحال كذا ذكره الامام شمس الائمة السرخسي
رحمة الله تعالى عليه .

ثم يقع الطلاق في رواية ولا يقع في رواية والا ولم يصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر
بالتعليق بسائر الشروط وان خلعهما على الف على انه صامن فالخلع واقع والالف عليه

وكذا لو اخذت المهر منه ثم خالعهما قبل ان يدخل بها على شيء فهو جائز والمهر كله لها
وكذا لو بارأها على شيء لا يتبع احدهما صاحبه بشيء من المهر وكذا لو قبضت منه نصف
المهر واكل او اكثر ثم اخلعت منه بدراهم مسماة او بثوب معروف قبل ان يدخل
بها فللزوجة ما سمت له في الخلع ولا سبيل لاحدهما على صاحبه من المهر وكذا لو وقع
على مائة درهم من المهر والمهر كله على الزوج او في يد المرأة لا يتبع صاحبه
بشيء من المهر وكذا لو كان المهر عبدا بعينه في يده او في يدها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال محمد رحمه الله تعالى لا يسقط فيها الا ماسماه وايهما كان له قبل صاحبه شيء
من المهر رده عليه وابو يوسف مع محمد رحمه الله في الخلع ومع ابي حنيفة رحمه الله
في المبراة واما نفقة العدة فان شرطت في الخلع والمبراة يسقط اجماعا والا لا يسقط اجماعا
واما نفقة الولد وهي مؤنة الرضاع فلا يقع البراءة عنها ان لم يشترط ذلك في الخلع والمبراة اجماعا
وان شرطت ان وقت لذلك وقت كسنة ونحوها جاز ان لم يوقت لم يجز ولم يقع البراءة عنها
قوله ثم يقع الطلاق في رواية لانه لو علق الطلاق بقبول الاب ولو علق الطلاق بشرط وهو فعل
الاب كدخول الدار يقع الطلاق ان وجد الشرط كذا هنا وفي رواية لا يقع الطلاق الا
اذا قبلت الصغيرة لان الاب اذا لم يضمن بدل الخلع كان هذا خلعامع البنت كانه خاطب البنت
بذلك فينوقف على قبولها والاول **اصح** **قوله** وان خلعهما على الف وهي صغيرة على ان الاب
صامن للالف فالخلع واقع والالف عليه ولم يرد بهذا الضمان الكفالة عن الصغيرة لان الزوج
لا يستحق مالا على الصغيرة فلا يكون كفالة ولكن المراد هنا بالضمان التزام المال ابتداء لاجهة
الكفالة وان لم يكن الضمان شرطاً في الخلع وكان معطوفاً لم يصح الخلع والضمان ولم تطلق

قال والمباراة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يسقط فيهما إلا ما سمياه وأبو يوسف رحمه الله معه في الخلع ومع أبي حنيفة رحمه الله في المباراة لمحمد رحمه الله هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشر وط لا غير ولا يبي يوسف رحمه الله أن المباراة مفاعلة من البراءة فيقتضيها من الجانبين وأنه مطلق فيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض أما الخلع فمقتضاه الانحلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة إلى انقطاع الأحكام ولا يبي حنيفة رحمه الله أن الخلع ينبيء عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمباراة فيعمل باطلا فلهما في النكاح وأحكامه وحقوقه •

قال ومن خلع امرأته وهي صغيرة بمالهام يجز عليها لأنه لا نظرها في البضع في حالة الخروج غير متقوم والبذل متقوم بخلاف النكاح لأن البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال وإذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها

فصار الإقرار بالبيع إقراراً بما لا يتم إلا به فإذا أنكره فقد رجعا عما أقر به فلا يصدق حتى لو قال لها بعنتك طلائك أمس فلم تقبلي فقالت قبلت فكان القول قولها كما في بيع العروص وكذا لو قال لعبد بعنتك نفسك بالف ولم تقبل وقال العبد قبلت كان القول قول العبد ولو قال اعتنتك أمس على ألف فلم تقبل وقال العبد قبلت كان القول قول المولى وهذا والطلاق سواء •

قوله والمباراة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح أي من الحقوق الواجبة بالنكاح حتى لو اختلفت منه شيء مسمى معروف ولها عليه مهر وقد دخل بها أولاً لزمها ما سمته وكان المهر للزوج

وكذا ان خالعهما على مهرها ولم يضمن المهر وتوقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفي القياس تلزمه الالف واصله في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لاشي عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها والله اعلم بالصواب •

قوله وكذا ان خالعهما على مهرها ولم يضمن المهر وتوقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان لم يقبل وقبل الاب عنها هل يقع الطلاق فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ثم قيل تأويل المسئلة ان خالعهما على مال مثل مهرها ا مالوا خالعهما على الصداق لم يجز الخلع اصلا لانه مال مملوك لها وليس للاب ولاية ابطال ملكها باذاع ماليس بمتقوم ولا معتبر بضمانه في ذلك والاصح ان الخلع على مهرها وعلى مال مثل مهرها سواء لانه وان سمى المهر في الخلع فانما يتناول العقد مثله وضمان الاب اياه صحيح فبعد ذلك ينظر ان كان المهر الف درهم لزمه الالف قياسا ان كان قبل الدخول وفي الاستحسان لزمه خمسمائة ولها على الزوج خمسمائة واصله ان المرأة الكبيرة اذا تزوجت بالف ثم اختلعت بالف قبل الوطي ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لاشي عليها لان العادة جرت بين الناس انهم يريدون به ما يلزمه لها وبذل الخلع اذا اضيف الى اجنبي شرط قبوله وان اضيف الى المرأة او الى الغير لكن المرأة خاطبت او لم يضاف الى احد شرط قبولها لانها اولى اذ الملك يسقط عنها **قوله** وان قبل الاب عنها ففيه روايتان هذا القبول هو في معنى الشرط في رواية يصح لان هذا نفع محض لان الصغيرة تتخلص عن عهده بغير مال فصح من الاب كقبول الهبة وفي رواية لا يصح لان هذا القبول بمعنى شرط البمين وهذا لا يخلو النيابة وهذا اصح والله اعلم •

لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط مهرالانه
 لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط ألف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل
 القبول فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة
 فان قبله الاب عنها ففيه روايتان

قوله لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى وجه الاولوية ان
 للاب ولاية التصرف في مال ولده الصغير بيعا وشراء واجارة وابضاعا وايداعا ولا ولاية
 للاجنبي عليه وانما جاز اشتراط بدل الخلع على الاجنبي ولم يجز اشتراط بدل
 العتق لان الاجنبي بمنزلة المرأة في الخلع من حيث ان المال يجب على المرأة في الخلع من
 غير ان يسلم لها شيء لان الطلاق ازالة للملك المنعقة واسقاط لعقد النكاح لان ملك النكاح
 ضروري يظهر في حق الاسقاط فحسب فلم يحصل لها في الطلاق شيء ليصير اثباتا فنزل
 الاجنبي في تحمل ذلك المال منزلتها حيث لا يسلم اكل شيء وامافي العتق فالمال شرع
 على العبد باداء ما سلم له من القوة اذ هو عبارة عنها يقال عتق الطير اذ اقوي وعتقت البكر
 اذ اقربت وادركت فصار الاعناق اثباتا للقوة الشرعية بعدما كانت معدومة والقوة معنى
 مثبت فيه فلا يجوز ان يكون هو حاصل للعبد ثابتا فيه وعوضه مستحق على غيره فصار كالبيع
 فلا ينزل الاجنبي منزلته في ذلك ولهذا الزمته قيمته في العتق على الخمر واعناق احد الشريكين
 واعناق الراهن المصنوع ولا يقال بانه حصل لها الخلاص عن قيد النكاح وهو نوع قوة فكان
 كالاعتاق لان الطلاق لرفع النكاح والنكاح يوجب قيد اولا يحلب المالكية والاعتاق لازالة
 الرق وهو ثابت في المحل على الكمال وسلطان المالكية ما قط به فصار الاعتاق اثباتا
 للقوة بعد عدم الطلاق ازالة للقيد لتعمل القوة عملها فصيح انه اسقاط والاعتاق اثبات
قوله ان كانت من اهل القبول بان كانت تعقل العقد وتعبر من نفسها

فتناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطى إذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثرو وجودها فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاد حتى يكفر لقوله صلى الله عليه وسلم للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء آخر واجبا لنبه صلى الله عليه وسلم عليه .

قال وهذا للفظ لا يكون الاظهار لانه صريح فيه ولونوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجهافهو مظاهر لان الظهار ليس الاتشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضولا يجوز النظر اليه وكذا ان شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التأبيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لان هن في التحريم المترددا كالام وكذلك ان قال رأسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق

قوله فتناسب المجازاة عليها بالحرمة لان تحريم الحلال يصلح جزاء للجناية قال الله تعالى فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات احلت لهم ويناسب ان تكون الكفارة رافعة للحرمة لانها حسنة قال الله تعالى ان الحسنات يذبن السيئات ثم الوطى اذا حرم حرم بدواعيه وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يحرم الدواعي لان التحريم عرف بقوله تعالى من قبل ان يتماسوا التماس في القرآن كناية عن الجماع الا اننا نقول التماس حقيقة للمس باليد فهو على الحقيقة حتى يقوم الدليل على المجاز **قوله** وهذا اللفظ وهو قوله انت علي كظهر امي لا يكون الاظهار قال ابو يوسف رحمه الله وكذا لو قالت لزوجهها انت علي كظهر امي لانه تحريم يرتفع بالكفارة **قوله** وكذا ان شبهها بمن لا يحل

باب الظهار

إذا قال الرجل لا مرأته أنت علي كظهر أمي فقد حرمت عليها لا يحل له وطئها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم إلى أن قال فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل حكمه إلى تحریم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لأنه جنابة لكونه منكرا من القول وزورا

باب الظهار

هو في الشرع عبارة عن تشبيه المنكوحة بامرأة محرمة على التبايد وركنه أنت علي كظهر أمي وشرطه أن يكون المشبه منكوحة حتى لا يصح الظهار من أمته وأهله من هو أهل المكفارة حتى لا يصح ظهار الذمي والصبي وحكمه حرمة لوطي إلى غاية الكفارة مع بقاء أصل الملك كافي حال الحيض والأصل فيه قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم إلى قوله فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا نزلت الآية في خولة امرأة أوس بن الصامت رآها وهي تصلي وكانت حسنة الجسم فلما سلمت راودها فابت بغضب فظاهر منها فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت إن أوسا تزوجني وأنا شابة مرغوبة في فلما خلا سني ونثرت بطني جعلني عليه كأمه وروى أنها قالت له إن لي صبية صغار إن ضممتهم إليه صاعوا وإن ضممتهم إلي جاعوا فقال عم ما عندي في امرئ شيء وروى أنه قال لها حرمت عليه فتهنت وشكت إلى الله تعالى فنزلت •

قوله والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع أصله وهو التحريم ونقل حكمه إلى تحریم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح

والوجهان بينهما ولو قال انت علي حرام كظهرامي ونوى به طلاقا او ايلاء
لم يكن الاظهارا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا هو على ما نوى لان التحريم
يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد رحمه الله اذا نوى الطلاق لا يكون
ظهارا وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه يكونان جميعا قد عرف في موضعه

ادنى من كفارة الظهار وهذا آية التفاوت في الحرمة ولان حرمة الايلاء ترتفع بالحنث
بدون اداء الكفارة وحرمة الظهار لا ترتفع الا باداء الكفارة ولان سبب الحرمة في
الظهار منكر من القول والحرمة الثابتة بالايلاء بسبب مشروع في الجملة لان
اليمين مشروع في الجملة فاذا كان السبب اقوى في الحرمة كان الحكم
اقوى ضرورة *

قوله والوجهان بينهما وهو ما قال ابو يوسف رحمه الله في قوله انت علي مثل امي
ونوى التحريم لا غير يكون ايلاء ليكون الثابت ادنى الحرمتين وعند محمد رحمه الله
ظهار لان كاف التشبيه يختص به **قوله** وعند ابي يوسف رحمه الله يكونان جميعا اي
يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرا بالتصريح بالظهار ولا يصدق في القضاء في صرف الكلام
عن ظاهرة بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لي امرأة اخرى
واياها عينت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر ولكن هذا ضعيف
فان الطلاق ان وقع بقوله انت علي حرام كان منكما بلفظ الظهار بعد ما بان
والظهار بعد البيونة لا يصح وان قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله انت علي حرام
قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين كذا في المبسوط وذكر في الفوائد الظهيرية
جواب ابي يوسف عن هذا فقال جاز ان يصح ظهرا لمبانة على قوله وكان هذا
رواية منه على صحة ظهار المبانة *

ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه فان قال اردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وان قال اردت الظهار فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت الطلاق فهو طلاق بائن لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام ونوى الطلاق وان لم يكن له نية فليس بشي عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا احتمال الحمل على الكرامة وقال محمد رحمه الله يكون ظهارا لان التشبيه بعضومنها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عني به التحريم لا غير فعند ابي يوسف رحمه الله هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعند محمد رحمه الله ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو علي مانوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له وان لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف رحمه الله ايلاء وعلى قول محمد رحمه الله تعالى عليه ظهار

له النظر اليها على التابيد من محارمه بنصب او رضاع او مصاهرة ولو شبهها بظهر اجنبية لا يكون مظاهرا لانها تحل له بالعقد ولو قال انت علي كظهر فلانة وهي ام المزنبي بها او ابنة المزنبي بها لا يصير مظاهرا لان الزنا لا تثبت حرمة المصاهرة عند الشافعي رحمه الله فتكون حرمة غير قطعية فلا يمكن احاقها بالمنصوص اطلقه في الشافي وفي الكفاية يكون مظاهرا عند ابي يوسف رحمه الله خلا فالحمد رحمه الله .

قوله ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته الى قوله وان عني به التحريم لا غير فعند ابي يوسف رحمه الله هو ايلاء ليكون الثابت ادنى الحرمتين اذ الحرمة في اليمين للغير بخلاف الظهار حتى تحل له مباشرتها بعد الايلاء بخلاف الظهار ولان كفارة اليمين

والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتناق المشتري من الغاصب لانه
 من حقوق الملك ومن قال لنهائه انتن علي كظها را مي كان مظاهرا منهم جميعا
 لانه اضاف الظهار اليهن نصا ر كما اذا اضاف الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة
 لان الحرمة ثبتت في حق كل واحدة والكفارة لانهااء الحرمة فيتعدد
 بتعدد ها بخلاف الايلاء منهم لان الكفارة فيه لصيانة حرمة اسم الله ولم يتعدد
 ذكر الاسم والله تعالى اعلم بالصواب *

عن ملك اليمين فلم يكن تشبيها بالام في كونه منكر امثل تشبيه المنكوحه
 بالام فلم تلحق بالمنكوحه في حكم النص *

قوله والظهار ليس بحق من حقوقه وهذا لان الظهار مثبت للحرمة والنكاح
 مثبت للحل وبينهما تناف وكذا النكاح مشروع والظهار محرم فلا يصلح
 ان يكون غير المشروع من حقوق المشروع وتوابعه **قوله** بخلاف اعتناق المشتري
 من الغاصب لانه من حقوق الملك وهذا لان حق الملك ما يتأكد به الملك والملك
 يتأكد بالاعتناق لانه ينتهي بهو الشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد له هذا يثبت له الولاء
قوله بخلاف الايلاء منهم بان قال والله لا اقربكن فانه اذا لم يقربهن حتى مضت
 اربعة اشهر طلقن جميعا واما اذا قرب الكل قبل مضي المدة تجب عليه
 كفارة واحدة لان ذكر الله تعالى لم يتعد دلالة قال مرة واحدة والله
 لا اقربكن والله تعالى اعلم بالصواب *

والأبي حنيفة رحمه الله أنه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم إليه
قال ولا يكون الظهار إلا من الزوجة حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهراً لقوله تعالى
 من نسائهم ولأن الحل في الأمة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولأن الظهار منقول عن الطلاق
 ولا طلاق في المملوكة فإن تزوج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح
 فالظهار باطل لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكراً من القول وزوراً

قوله والأبي حنيفة رحمه الله أنه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره لأن معنى قوله أنت
 علي كظهر أمي أنت علي حرام كظهر أمي ويكون الحرام بتفسير المظهر بالشيء لا بتغيير
 بتفسيره كذا في مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله **قوله** ثم هو محكم وهذا لأن
 المحرمات أنواع حرمة الأيلاء وحرمة الطلاق وحرمة الظهار وقد رجمت حرمة
 الظهار على ما عداها بالتشبيه بظهر الأم فكان القول محكماً في حرمة الظهار فيحمل
 المحتمل على المحكم بخلاف ما إذا قال أنت علي حرام كما هي حيث تصح نية الطلاق
 لأن الظهار مفعول بقوله أنت علي كظهر أمي ولا يكون مفسراً في الظهار في الأول
 دون الثاني الاترعى أنه لو صح نية الطلاق في قوله أنت علي كظهر أمي يلزم رد حكم
 النص لأن هذا القائل داخل تحت قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم **قوله** ولأن
 الحل في الأمة تابع فلا تلحق بالمنكوحة وهذا لأن حرمة الظهار عرف بنص القرآن
 معلولاً بقوله منكراً من القول وزوراً باعتبار أن النكاح شرع لإفادة حل الوطئ الذي هو
 سبب التوالد والتناسل فكانت الزوجية في أعلى درجات الحل بحيث لا يجوز تخلف الحل
 عنها فلما شبهه النبي في أعلى درجات الحل بمن هي في أعلى درجات الحرمة كان
 منكراً من القول وزوراً والحل في الأمة تابع ولا يكون مقصوداً ولهذا جاز تخلف الحل

وقد تحقق وقصده من الاعتاق تمكينه من الطاعة ثم مقارنته المعصية بحال به الى سوء اختياره ولا نجزي العمياء ولا المقتوعة اليدين او الرجلين لان الفئات جنس المنفعة وهو البصر او البطش او المشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى تجوز العوراء او مقتوعة احدى اليدين و احدى الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لغوات جنس منفعة المشي اذ هو عليه منهذر ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفئات جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة باق فانه اذا صحح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه ولا يجوز مقطوع ابهام اليدين لان قوة البطش بهما فبغوا تهما يفوت جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكانت الفئات المنافع

فيخص في الاثبات وقد ارتدت بها المؤمنة فبطلت الكفارة لان الكفر والايمان ضدان قلنا جواز المؤمنة لانها رقية لانها مؤمنة الا ترى اننا يجوز الصغيرة والكبيرة وبين صفتي الصغرو والكبر تضاد .

قوله وقصده من الاعتاق تمكينه من الطاعة جواب عن قوله الكفارة حق الله فلا يجوز صرفها الى عدوة قلنا تصد المكفر ان يتمكن من الطاعات نحو الزكاة والحج والجهاد والقضاء والشهادة ثم مقارفة العبد المعصية تضاف الى سوء اختيار العبد فلا يخل ذلك بمقصود المكفر فان قيل قال الله تعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون نهى ان يطلب التقرب بالخبيث ولا خبيث اشد من الكفر قلنا الكفر خبيث من خبيث الاعتقاد والمصرف الى الكفارة المالية ومن حيث المالية هو عيب يسير على شرف الزوال **قوله** حتى تجوز العوراء

فصل في الكفارة

قال وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يصنع فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب **قال** وكل ذلك قبل الميسس وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه منهية للمحرمة فلا بد من تقديمها على الوطي ليكون الوطي حلالا .

قال وتجزى في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات المرفوق المملوك من كل وجه والشافعي رحمه الله تعالى عليه يخالفنا في الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله تعالى كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة

فصل في الكفارة

قوله قال وكفارة الظهار عتق رقبة اي اعتاقها فان العتق ينوب عن الكفارة الاترى انه لو ورث اياه ونوى الكفارة لا تخرج عن عهدها **قوله** وتجزى في العتق الرقبة الكافرة وعند بعض المشايخ رحمهم الله لا يجوز اعتاق المرتد عن الكفارة لانه بالردة صار حربيا ولهذا حل قتله وصرف الكفارة الى الحربى لا يجوز **قوله** اذ هي عبارة عن الذات المرفوق المملوك من كل وجه وقوله من كل وجه يتعلق بالمرفوق لان المدبر لا يجوز لنقصان رقه والمكاتب الذي لم يؤد شيئا يجوز اكمال رقه وان لم يكن مملوكا من كل وجه **قوله** ونحن نقول المنصوص عليه اي اعتاق الرقبة وقد تحقق فان قيل امر بنحرير رقبة وهي نكرة

فأشبه المدبر ولنا أن الرق قائم من كل وجه على ما بينا ولقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم

وإنما صار العتق ناقصا بنقصان الرق لأن العتق ضد الرق لا ضد الملك لأن الملك ثابت في الثياب ولا يثبت العتق فيها والاعتاق إزالة الرق وإثبات القوة فكماله بكمال الرق أو الضعف الحكمي فإن قيل الاعتاق إزالة الملك عند أبي حنيفة رحمه الله والملك فيهما كامل فنقصان الرق لا يمنع كمال الاعتاق قلنا هذه الرواية ممنوعة وبعد التسليم الاعتاق إزالة الملك المستلزمة لزوال الرق وإنما كان اعتاقا لزوال الرق لا لزوال الملك بدليل أنه لا يتصور الاعتاق بدون رق المحل ولو كان الاعتاق إزالة الملك لوجب أن يصح في مملوك لا رق فيه .

قوله فأشبه المدبر أي على مذهبكم فعند الشافعي رحمه الله تعالى بيع المدبر جائز فكيف لا يجوز اعتاقه من الكفارة فكان هذا منه استدلالا بمذهبننا احتجاجا علينا **قوله** ولنا أن الرق قائم من كل وجه على ما بينا وهو قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ ولا يتمكن النقصان في رقه ولا يصير العتق مستحقا بسبب الكتابة لأن حكم العتق في الكتابة متعلق بشرط الاداء ولو علق عتقه بشرط آخر لم يثبت به الاستحقاق فكذلك بهذا الشرط بل أولى لأن التعليق بسائر الشروط يمنع الفسخ وبهذا الشرط لا يمنع ولو تمكن نقصان رقه لما تصور فسخه وأعادته إلى الحالة الأولى لأن نقصان الرق بثبوت الحرية من وجه وكان ثبوت الحرية من كل وجه لا يحتمل الفسخ فكذا ثبوتها من وجه لأن حق العتق لا يحتمل الفسخ كحقيقته كالتدبير والاستيلاد بخلاف المكاتب الذي أدى بعض البذل لأنه تحرير بعوض وبه لا يتأدى الكفارة لأنها عبارة فلا بد أن يكون خالصا لله تعالى ومنى كان بعوض لم يكن خالصا لأنه يكون تجارة .

والذي يجب ويفيق يجزيه لان الاختلال غير مانع ولا يجزي عتق المدبر وام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهته فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذي ادى بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تنبئ الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد والتدبير لانهم لا يحتملان الانفساخ فان اعتق مكا تبالم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعي رح له انه استحق الحرية بجهة الكتابة

وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز لانها ناقصة نقصا لا ترجي زواله فكانت كالعمياء والاصل عنده ان كل عيب لا يرجي زواله يكون فاحشا يمنع جواز التكفير به وكل عيب يرجي زواله يكون يسيرا لا يمنع جواز التكفير به كالحصى والشجة ويجزي الخصي ومقطوع الاذنين ومقطوع المذاكير عندنا خلافا لفر رحمه الله هو يقول فوات جنس المنفعة ولهذا يجب كمال الدية قلنا بعد الاذنين الشاخصين السمع باق وانما يفوت ماهو زينة وجمال فلا يصير الرقبة مستهلكة كفوت شعرا لحاجبين والملحية وفي الخصي ومقطوع المذاكير انما تفوت منفعة النسل وهي زائدة على ما يطلب من المماليك.

قوله والذي يجب ويفيق يجزيه يريد به اذا اعتقه في حال افاقته وروى ابراهيم عن محمد رحمه الله تعالى اذا اعتق عبدا حلال الدم قد قضى بدمه عن ظهارة ثم عفي عنه لم يخر كذا في المحيط **قوله** ولا يجزي عتق المدبر وام الولد لان المنصوص عليه الرقبة وذلك اسم للذات حقيقة وللذات المرفوعة عرفا وقد دل على الرق قوله تعالى فتحرير رقبة فيقتضي قيام الرق مطلقا وبلا سنيلاد يتمكن النقصان في الرق حتى لا يعود الى الحالة الاولى بحال ولان قوله تعالى فتحرير رقبة يقتضي انشاء العتق من كل وجه واعتاق ام الولد تعجيل لما صار مستحقا لها فلا يكون انشاء من كل وجه هكذا في المبسوط

فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رح ويجوز عندهما لانه يملك نصيب صاحبه بالضمن ان نصا ومعتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض ولا يبي حنيفة رحمه الله ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمن ومثله يمنع الكفارة وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلا ميين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاصحية فاصاب السكين عينا بخلاف ما تقدم لان النقصان متمكن على ملك الشريك وهذا على اصل ابي حنيفة رحمه الله وما عندهما الاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلا ميين وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاعتاق ان يكون قبل الميسر بالنص واعتاق النصف حصل بعده وعنهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل الميسر واذا لم يجد المظاهر ما يعتق

اذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء ويجعل حبثها في حق الزوج تحصيلاً لمقصود الزوج عند الطلاق وفي حقها يجعل تملكاً بهية مبتدأة كذا في المبسوط او نقول الفسخ ضروري والثابت ضرورة يتقدر بقدرها فيظهر في حق جواز التحرير للتكفير لا في حق الاولاد والاكساب لانه لا دلالة على الرضاء فيهما فان قيل الملك انتقص بالكتابة حتى لا يدخل تحت المملوك المطلق قلنا الملك غير منصوص عليه وانما شرط الملك ضرورة ان يعتق لا ينفذ الا فيه فشرط بقدر ما يتأدى به الضرورة وهو ملك الرقبة لا المنفعة وهذا لان الاعتاق لازالة الرق ومملك الرقبة فكما له بكما لهما وهما كاملان لما مروا فما خرج عن ملك اليد والاعتاق لا ينصل به .

وله فان اعتق نصف عبد مشترك الى قوله بخلاف ما اذا كان معسرا حيث لا يجوز بالاتفاق

(كتاب الطلاق ... فصل في الكفارة)

والكتابة لا تنافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان ما نعاينفسح مقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله الا انه تسلم له الاكساب والاولاد لان العتق في حق المحل بجهة الكتابة اولان الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب وان اشترى اياه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جازعنها وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تأتيك في كتاب الايمان ان شاء الله تعالى

قوله والكتابة لا تنافيه اي لا تنافي الرق لان موجب الكتابة فك الحجر في حق المكاسب وذال لا يتمكن نقصانا في رقه كالاذن في التجارة وانما لم يستبد المولى بالفسخ لانه فك بعوض فيكون لازما والمكاسب غير الرقبة والتصرف فيها لازما وغير لازم لا يمكن نقصان في الرق والملك كالاجارة والاجارة وبسبب اللزوم يمنع على المولى التصرف فيه ويلزمه العقر والارش لان ذا يرجع الى المكاسب والمنافع وهي مستحقته فاذا لم يكن نقصانا في الرق لا يمنع من التحرير للتكفير لانه ازاله الرق ولئن كان ما نعا منه ينفسخ ضمنا للاعتاق لانه قابل للفسخ برضى المكاتب وقد وجد الرضا هنا دلالة لانه لما رضى بحصول العتق ببذل لان يرضى بحصوله بلا بدل اولى **قوله** الا انه يسلم له الاكساب جواب سؤال بان يقال لو انفسخت الكتابة لما سلمت له الاكساب والاولاد لان سلا متها موجب حصول العتق بجهة الكتابة فلما سلم له الاكساب والاولاد لانه عتق وهو مكاتب لا لانه عتق بجهة الكتابة كما لو كانت ام ولده ثم مات المولى عتقت بجهة الاستيلاء ويسلم لها الاكساب والاولاد وهذا لان العتق في المكاتب واحد والاعتاق من المولى يختلف جهاته وفيما يرجع الى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحدا وفي حق المولى يجعل اعتاقا بجهة الكفارة لانه قصد ذلك وهو كالمرة

ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط يندم به فيستأنف وان افطر منها يوم ما بعد راء وبغير عذر استأنف لغوات التتابع وهو قادر عليه عادة

والنسيان في الليل سواء وقد نص عليه في شرح الطحاوي نقال ولو جامعها بالليل ناسيا او عامدا وقوله او نهارا ناسيا احتراز عن العمد فانه اذا جامعها بالنهار عامدا فصد صومه وانقطع التتابع فيجب عليه الاستيناف بالاتفاق لانقطاع التتابع وقال ابو يوسف رحمه الله لا يستأنف لانه لا يمنع التتابع اذا لا يقصد به الصوم وهو الشرط .

قوله ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص يعني ان الواجب عليه صوم شهرين متتابعين قبل التماس ومن ضرورة كونهما قبله اخلاؤهما عنه فاذا وطئها فقد تعذر صومهما قبل التماس ولم يتقرر اخلاؤهما عنه وبان سقط عنه احد الشرطين لعذر لا يسقط عنه الآخر وقد امكن اعتبارا فان قبل الخلو عن المسيس ثبت ضمنا لاشتراط القلبية وقد سقط اعتبارا في هذه المسئلة فسقط ما في ضمنها قلنا لم يسقط اعتبارا في هذه المسئلة فان الحكم لا يتبدل بمعصية العبد بل الكفارة بعدما جامعها مشروطة بشروطها الا انه لا يؤخذ بفعل عاجز من اقامته كالا تؤخذ المرأة بالتتابع ايام الحيض في صوم شهرين متتابعين لا بسقوط شرط التتابع بل اعجزها عن الاقامة مع قيام الخطاب حتى لزمها اقامة التتابع بماتر الوجوه التي يقدر عليها ولما كان شرط القلبية قائما بقي ما في ضمنه من الخلو والسقوط كان بالاعجز فسقط ما عاجز عنه دون ما قدر عليه كالمرأة في اقامة شرط التتابع كذا في الاصرار وذكر في شرح الطحاوي ان المرأة اذا صامت عن كفارة الافطار وكفارة القتل فحاضت في خلال ذلك فانها لا تستقبل الصيام ولكنها تصل ايام القضاء بعد الحيض لانها معذورة لا تجهد صوم شهرين متتابعين لا حيض فيهما ولو نفست استقبلت ولو افطرت يوم ما بعد

فكفارتهم صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق
 اما المتتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما وجبه
 الله والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل فان جامع النبي ظاهرها
 في خلال الشهرين ليلا عامدا ونهارا ناسيا استأنف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
 وقال ابو يوسف رحمه الله لا يستأنف لانه لا يمنع المتابع اذ لا يفقد به الصوم وهو الشرط
 وان كان تقديمه على المسيس شرطافيهما ذهبنا اليه بتقديم البعض وفيما قلتم تاخير الكل عنه

وكان ينبغي ان يجوز عندهما لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فيكون حراما ديونا لكن لما وجب
 عليه السعاية في نصيب شريكه كان اعتاقا بعوض فلا يجوز عن الكفارة ولا يجب عليه
 شيء اذا كان المعتق موسرا وقد عتق الكل لان الاعتاق لا يتجزى عندهما ولا بي حنيفة
 رحمه الله ان الاعتاق يتجزى فانما عتق نصيبه في الابتداء ونصف الرقبة ليس برقبة
 وقد تمكن النقصان في النصف الاخر لانه عذر استدامة الرق فيه وهذا النقصان وقع في ملك
 شريكه وليس من الاداء اذ الاداء قبل الملك والضمان صار ملكه ناقصا ومثله يمنع التكبير والتدبير
 وصار كما نه اعتق عبدا الا شيئا منه فان قبل المضمونات تملك عند اداء الضمان مستندا الى وقت
 وجود السبب فصار نصيب الساكت ملكا للمعتق زمان الاعتاق فكان النقصان في ملكه لا في
 ملك شريكه فلنا الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له لا في
 حق غيره ما يتمكن النقصان في نصيب الساكت في حق غيره ما والكفارة غيرهما فلم يجزه

قوله فكفارتهم صوم شهرين متتابعين فان صام شهرين بالالهة جاز وان كان
 كل شهر تسعة وعشرين يوما وان صام بغير الهة ثم افطر لتام تسعة وخمسين
 يوما فعليه الا متيناف **قوله** ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام
 التشريق وينقطع المتابع بتخلل هذه الايام **قوله** ليلا عامدا ليس بقيد لان العمد

ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف وان افطر منها يوم ما بعد را وبغير عذر استأنف لغوات التابع وهو قادرا عليه عادة

والنسيان في الليل سواء وقد نص عليه في شرح الطحاوي فقال ولو جامعها بالليل ناسيا او عامدا وقوله او نهارا ناسيا احتراز عن العمد فانه اذا جامعها بالنهار عامدا فسد صومه وانقطع التتابع فيجب عليه الاستيناف بالاتفاق لانقطاع التتابع وقال ابو يوسف رحمه الله لا يستأنف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفعد به الصوم وهو الشرط .

قوله ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص يعني ان الواجب عليه صوم شهرين متتابعين قبل التماس ومن ضرورة كونها مقبلة اخلاؤها عنه فاذا وطئها فقد تعذر صومها قبل التماس ولم يتقرر اخلاؤها عنه وبان سقط عنه احد الشرطين لعذر لا يسقط عنه الآخر وقد امكن اعتباره فان قبل الخلو عن المسيس ثبت ضمنا لاشتراط القبليّة وقد سقط اعتبارها في هذه المسئلة فسقط ما في ضمناها قلنا لم يسقط اعتبارها في هذه المسئلة فان الحكم لا يتبدل بمعصية العبد بل الكفارة بعدما جامعها مشروطة بشروطها الا انه لا يؤخذ بفعل عجز من اقامته كالا تؤخذ المرأة بالتتابع ايام الحيض في صوم شهرين متتابعين لا بسقوط شرط التتابع بل لعجزها عن الاقامة مع قيام الخطاب حتى لزمها اقامة التتابع بهائر الوجوه التي يقدر عليها ولما كان شرط القبليّة قائما بقي ما في ضمنه من الخلو والسقوط كان بالعجز فسقط ما عجز عنه دون ما قدر عليه كالمراة في اقامة شرط التتابع كذا في الاسرار وذكر في شرح الطحاوي ان المراة اذا صامت عن كفارة الافطار وكفارة القتل فحاضت في خلال ذلك فانها لا تمتثل الصيام ولكنها تصل ايام القضاء بعد الحيض لانها معذورة لا تجدد صوم شهرين متتابعين لاحيض فيهما ولو نغمت استقبلت ولو انظرت يوم ما بعد

فكفارتهم صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق
 اما المتتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما وجبه
 الله والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل فان جامع التي ظاهرها
 في خلال الشهرين لبلاها مداهما واناسيا استأنف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهم الله
 وقال ابو يوسف رحمه الله لا يستأنف لانه لا يمنع المتابع اذ لا يفقد به الصوم وهو شرط
 وان كان تقديمه على المسيس شرطاً فقيماً ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم تأخير الكل عنه

وكان ينبغي ان يجوز عندهما لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فيكون حراماً ديونا لكن لما وجب
 عليه المعايه في نصيب شريكه كان اعتاقاً بعوض فلا يجوز عن الكفارة ولا يجب عليه
 شيء اذا كان المعتق موسراً وقد عتق الكل لان الاعتاق لا يتجزى عندهما ولا بي حنيفة
 رحمه الله ان الاعتاق يتجزى فانما عتق نصيبه في الابتداء ونصف الرقبة ليس برقبة
 وقد تمكن النقصان في النصف الاخر لتعذر استدامة الرق فيه وهذا النقصان وقع في ملك
 شريكه وليس من الاداء اذ الاداء قبل الملك والاضمان صار ملكه ناقصاً ومثله يمنع التكبير والتدبير
 وصار كأنه امتق عبداً الا شيئاً منه فان قيل المضمونات تملك عند اداء الضمان مستنداً الى وقت
 وجود المصيب فصارت نصيب الساكت ملكاً للمعتق زمان الاعتاق فكان النقصان في ملكه لا في
 ملك شريكه فلنا الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له لا في
 حق غيره فما فيمكن النقصان في نصيب الساكت في حق غيره ما والكفارة غيرهما فلم يجزه

قوله فكفارتهم صوم شهرين متتابعين فان صام شهرين بالالهة جاز وان كان
 كل شهر تسعة وعشرين يوماً وان صام بغير الهة ثم افطر لتعاقب تسعة وخمسين
 يوماً فعليه الا متيناف **قوله** ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام
 التشريق وينقطع المتابع بتخلل هذه الايام **قوله** لبلاها مداهما ليس بقيد لان العمد

ان كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يكون بدلا عن جنس آخر هو منصوص عليه وان كان في القيمة اكثر كذا في المحيط وهذا لانه لا اعتبار لمعنى النص في المنصوص عليه وانما الاعتبار له في غير المنصوص عليه فان قيل يشكل على هذا ما لو كسا عشر مساكين ثوبا واحدا في كفارة اليمين جاز عن الطعام اذا كان قيمة نصيب كل واحد منهم مثل قيمة الطعام قلنا لا يريد علينا ذلك لان المنصوص عليه هنا لك في الكسوة والكسوة ما يحصل به الاكتساء وبعشر الثوب لا يحصل ذلك لكل مسكين فلم يكن المؤدى منصوصا عليه فيعتبر لمعنى فيه فكان هذا طرد الانقضاء لانا قلنا ان اعتبار معنى النص في غير موضع النص وهذا في غير موضعه لما قلنا فيجوز ولان المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام فللمغايرة تجوز اقامة احد هما مقام الآخر والمقصود باصناف الطعام واحد واعتبار عين المؤدى فيه اولى كذا في المبسوط •

قوله لحصول المقصود اذا الجنس متحداي من حيث الاطعام ورد الجموعة لان المقصود من البر والتمر والشعير الاطعام فيجوز تكميل احدهما بالآخر وانما علل هنا باتحاد الجنس لانه اذا اختلف الجنس لا يجوز تكميل احدهما بالآخر حتى انه اذا اطعم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الاباحة وكسا خمسة مساكين والكسوة اخص من الطعام لم يجز لان المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام الا ترى ان الاباحة تجوز في احدهما دون الآخر ولو جوزنا النصف من كل واحد منهما كان نوعا رابعا والمنصوص عليه ثلاثة انواع لا غير ذكره في ايمان المبسوط وما اذا اعتق نصف رتبة وصام شهرا او اطعم ثلثين مسكينا لا يجوز لان نصف الرتبة ليس برتبة واكمل الاصل بالبدل غير ممكن فانهم لا يجتمعان فكيف يتحقق اكمال احدهما بالآخر فان قيل يشكل على قوله اذا الجنس متحد ما اذا اعتق نصف رقتين بان كان

وان ظاهر العبد لم يجزه في الكفارة الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال وان اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزه لانه ليس من اهل الملك فلا يصير ما لكا بتمليكك واذالم يستطع المظا هرا الصيام اطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ويطعم كل مسكين نصف صاع من براوصاعا من تمر او شعير او قيمة ذلك لقوله عليه السلام في حديث اوس بن الصامت وسهيل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولا ان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله او قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكاة فان اعطى من اموال من يدين من تمر او شعير جاز

الحيض يستقبل ولو كانت تصوم عن كفارة اليمين فحاضت في خلال ذلك فانها تستقبل الصيام لانها تجدد صوم ثلاثة ايام لا حيض فيها ولو صام شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق قبل غروب الشمس في آخر ذلك اليوم يجب عليه العتق ويكون صومه تطوعا لانه قدر على المبدل قبل حصول المقصود بالمبدل فان تقضى حكم البذل كالمتميم اذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلوة والافضل ان يتم صوم هذا اليوم ولو لم يتمه وا فطر لا يجب عليه القضاء عندنا وقال زفر رحمه الله يجب عليه القضاء ولو قدر على الاعتاق بعد غروب الشمس في آخر اليوم جاز صومه عن كفارته *

قوله وان ظاهر العبد الى قوله فلا يصير ما لكا بتمليكك فان قيل ينبغي ان يثبت العتق في ضمنه اقتضاء قلنا انما يصح ذلك ان لو كان تبعوا والعتق اصل الاهلية فلا تثبت انتضاء **قوله** او قيمة ذلك اي من غير الاعداد المنصوصة مطلقا وما في الاعداد المنصوصة فلا يجوز ادائها قيمة اذا كانت اقل قدر مما قدرة الشرع وان كانت اكثر من الاخر او مثله قيمة حتى لو ادى نصف صاع من تمر جيد يبلغ نصف صاع من حنطة لا يجوز وكذا لو ادى اقل من نصف صاع حنطة تبلغ صاعا من تمر او شعير لا يجوز والاصل فيه

وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجزيه الا التملك اعتبارا بالزكاة وصدقة الفطر وهذا لان التملك اذفع للحاجة فلا تنوب منابه الا باحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعام وفي الاباحة ذلك كما في التملك اما الواجب في الزكاة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتملك حقيقة ولو كان فيمن عشا هم صبي قظيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كما لا لا بد من الام في خبز الشعير ليتمكنه الاستيفاء الى الشعير وفي خبز الحنطة لا يشترط الا دام

قوله وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجزيه الا التملك والاصل ان الاباحة تصح في الكفارات كفارة الظهار والافطار واليمين وجزاء الصيد والفدية دون الصدقات كالزكاة وصدقة الفطرة والحلق عن الاذى والعشرفانه يشترط فيه التملك والضابط ان ماسرع بلفظ الاطعام والطعام تجوز فيه الاباحة وما شرع بلفظ الايتاء والاداء يشترط فيه التملك وقال الشافعي رحمه الله يشترط التملك في الكفارات ايضا اعتبارا بالكسوة فانه لو اعار ثوبا للمساكين فلبسوا بنية الكفارة لا يجوز واجماع انه احد انواع التكفير اعتبارا بالصدقات وهذا لان الاطعام يذكر للتملك عرفا يقول الرجل لغيره اطعمتك هذا الطعام اي ملكتك والغرض دفع حاجة الفقير والتملك اذ دفع لحاجته واغناؤه وذا يحصل بالتملك دون التمكين ولنا ان المنصوص عليه الطعام وحقيقة ذلك في التمكين من الطعام اذا الاطعام فعل متعد لازمه طعم اي اكل فلا اطعام جعله آكلا كسائر افعال تعدت بالهمزة فاذا لم يكن مطاوعة ملكا لم يكن متعدية تملك فمن شرط التملك فقد زاد على النص فان قيل الاطعام لا يخلوا اما ان يكون حقيقة للتملك والاباحة او تكون حقيقة لاحد هما مجاز لاخر او يكون مجازا لهما واياما كان لا تكون الاباحة مرادة لئلا يلزم

وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهارة ففعل اجزاء لانه استقراض معنى والفقر فابض له اولا
ثم لنفسه فينحقق تملكه ثم تملكه فان غداهم وعشا هم جاز قليلا كان ما اكلوا او كثيرا

بينه وبين شريكه عبدان فاعتق نصيبه منها لا يجوز عن الكفارة مع ان الجنس متحد
من حيث الاعناق فلنا انما لا يجوز لان نصف الرقبين ليس برقبة والشركة في كل رقبة
تمنع التكفير بخلاف الاضحية فان الرجلين لو ذبحا شاتين بينهما عن اضحيتهما جاز لان
الشركة لا تمنع الاضحية كافي البدنة .

قوله وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهارة ففعل اجزاء لانه استقراض معنى
وفي الكافي وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهارة ففعل جاز لانه صار مملوكا
منه اقتضاء وقد وجد القبض المئتم للتمليك وهو قبض الفقير لانه يقبض له اولا نيابة
عن الامر ثم لنفسه فينحقق تملكه ثم تملكه منه كما لو امره صريحا بالقبض فقبضه
ثم امره بان يصرفه الى نفسه كفارة ولا يكون للمأمور ان يرجع على الامر في ظاهر الرواية لانه
يحتمل القرض والهبة فلا يرجع بالشك وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع لان الكفارة
كانت ديناً عليه فاعتبرت بديون العباد وقوله في الكتاب لانه استقراض معنى وقع
على قول ابي يوسف رحمه الله **قوله** فان غداهم وعشا هم الرواية بالواو وعشا هم لا باو
لان احدهما لا يجزي وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وفي بعض نسخ الهداية
فان غداهم وعشا هم اراد به غداهم غدائين وعشا هم عشائين وفي المبسوط المعتبر في التمكن
اكلتان مشبعتان اما الغداء والعشاء واما الغدآن وعشا آن لكل مسكين فان المعتبر حاجة
اليوم وذلك بالغداء والعشاء وفي المجرد عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه اذا غدا ستين
ممكنين وعشا آخرين لا يجوز ذكره في المحيط **قوله** قليلا اكلوا او كثيرا اي بعد
ما شبعوا فالمعتبر فيه الشبع لا المقدار

وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التملك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التملك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستأنف لانه تعالى ما شرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق والصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه واذا اطعم عن ظهاريين صتين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمة الله تعالى عليه يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهر ارا جزاه عنهما له ان بالمؤدى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب او فرق في الدفع

قوله وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التملك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه وذكر في المحيط وهو الصحيح لانه بعد ما استوفى وظيفته في هذا اليوم لا يحصل سد خلته تصرف وظيفته اخرى في هذا اليوم اليه بخلاف كفارة اخرى لان المستوفى في حكم تلك الكفارة كالمعدوم وبخلاف الثوب لان تجدد الحاجة اليه يختلف احوال الناس فيه فلا يمكن تعليق الحكم بعينه لتعذر الوقوف عليه فيقام تجدد الايام فيه مقام تجدد الحاجة تبصيرا وقد قيل يجزيه لان الحاجة بطريق التملك ليس لها نهاية فاذا فرق الدفعات جاز ذلك في يوم واحد كما يجوز في الايام بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان الواجب عليه تفريق الفعل بالنص فاذا جمع لا يجزيه الا عن واحد كالحاج اذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة كذا في المبسوط

وان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه
الا عن يومه لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه
في اليوم الثاني كالدفء الى غيره

تعميم المشترك او الجمع بين الحقيقة والمجاز اذا التملك مراد اجماعا قلنا انما جاز التملك
عندنا بدلالة النص والعمل بدلالته النص لا يمنع العمل بحقيقته الا ترى ان شتم
الوالدين حرام بدلالة النص واصله قائم ووجه الدلالة ان الاباحة جزء من
التمليك تقديرا لان حوائج المساكين كثيرة والملك سبب لقضائها فصار التملك
كقضاءها كلها والا كل من هذه الحوائج فتناول النص جزءها فصحت تعديته الى
كلها لا شتماله على المنصوص عليه وغيره فيكون عملا بالنص معنى بخلاف
الكسوة فان النص ثمه تناول التملك لانه جعل الثوب هناك كفارة اذا الكسوة
اسم للثوب فيوجب التكفير بعين الثوب وانما يكون كذلك بالتمليك دون الاعارة
لانها تصرف في المنفعة فكان النص ثمه واقعا على التملك الذي هو قضاء لكل
الحوائج فلم تصح تعديته الى جزئها وهو الاباحة وبخلاف الصدقات فان الواجب
ثمه الايتاء والاداء وهما ينيان عن التملك واما صدقة الحلق على الاذن
فعند محمد رحمة الله تعالى عليه يشترط فيها التملك لان المنصوص عليه الصدقة
فينصرف الى التملك كصدقة الفطر وعند ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه تجوز
فيها الاباحة لانها كفارة فاعتبرت بسائر الكفارات •

قوله فان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وقال الشافعي رحمة الله
تعالى عليه لا يجوز

ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو وفي الجنس المختلف مفيد واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة باختلاف السبب فنظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والندر فانه لا بد فيه من التمييز والله تعالى اعلم بالصواب •

قوله ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو اراد به تعميم الجنس بالنية الا ترى انه اذا عين ظهرا واحدا لهما للتكفير صح وبطل ظهرا حتى جازله قربانها كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** وفي الجنس المختلف كما اذا اعتقت عن كفارتني ظهرا وقيل لا يجوز بعينه عن احدهما بعد ذلك **قوله** فنظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين فان قيل اذا نوى ظهري من يومين فانه لا يجوز عن واحد وان اتحد الجنس قلنا انما احتيج الى نية التعيين لكل يوم لان وقت الظهر من اليوم الثاني غير الاول حقيقة وحكما اما حقيقة نظاهر وكذا حكما لان الخطاب ما علق بوقت يجمعهما بل علق بدلوك الشمس والدلوك في اليوم الثاني غير الدلوك في اليوم الاول وفي رمضان علق بالشهر وهو واحد فلا جرم يحتاج الى تعيين يوم السبت او الاحد حتى قالوا في قضاء يومين من رمضانين لشرط التعيين ولونوى ظهرا وعصرا او ظهرا وصلوة جنازة لم يكن شارعا في واحد منهما للتنافي وعدم الرجحان ولونوى ظهرا ونفلا لم يصر شارعا لصلا عند محمد رح لانهما يتنافيان وعند ابي يوسف رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله يقع عن الظهر لانه اقوى ولونوى صوم القضاء والنفل والزكاة والتطوع او الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد رحمه الله في الكل لان النيتين بطلنا بالتعارض فبقي مطلق النية فصار نفلا وعند ابي يوسف رحمه الله يقع عنه الاقوى لانه لما تعارضت النيتان وجب الترجيح بالاقوى وهو لفرض او الواجب ولونوى حج الاسلام والتطوع فهو حج الاسلام اتفاقا اما عند ابي يوسف رحمه الله نظاهر واما عند محمد رحمه الله فلان النيتين بطلنا بالتعارض فبقي مطلق النية وباطلاق النية يتأدى فرض الحج والله اعلم •

(كتاب الطلاق ... فصل في الكفارة)

ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا الغت النية فالمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقدير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنهما كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر ومن وجبت عليه كفارتا ظهرا فاعتق رقبتين لا ينوي عن احدهما بعينها جازعها وكذا اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة وان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء وان اعتق عن ظهرا وعن قتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر رحمه الله لا يجزيه عن احدهما في الفصلين وقال الشافعي رحمه الله له ان يجعل عن احدهما في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر رحمه الله انه اعتق عن كل ظهرا نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعد ما اعتق عنهما لخروج الامر من يده

قوله ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو لا نهى شرعت للتمييز بين الاجناس المختلفة اذ في الجنس الواحد لا يختلف الفرض فلا يحتاج الى التمييز والتصرف اذا اخطأ محله يلغو واذا الغت نيته عددا لا اتحاد الجنس بقيت نية مطلق الظهار والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع لبيان ادنى المقدير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا كانتا جنسين لان نية النعيين معتبرة فاستقام وقوعه عنهما وبخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في المرة الثانية كمسكين آخر فاما اذا لم يفرق فقد زاد في الوظيفة فنقص عن المحل فلا يجزيه الا بقدر المحل كما لو اعطى ثلثين مسكينا في كفارة واحدة كل مسكين صاعا وبيان ذلك ان الواجب عليه في كل كفارة اطعام سنين مسكينا فمحل اطعام الظهارين مائة وعشرون مسكينا وقد نقص عن المحل وزاد في الواجب لان الواجب لكل مسكين نصف صاع وقد ادنى صاعا

والاستثناء انما يكون من الجنس وقال الله تعالى فشهادة اربعة احدهم اربع شهادات
 بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم
 قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي
 جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذ اثبت هذا نقول لا بد ان يكونا من
 اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون هي ممن يحدا قاذفها
 لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من احصائها ويجب بنفي الولد لانه
 لما نفى وادها صار قاذفا لها ظاهرا .

قوله والاستثناء انما يكون من الجنس استثنى انفسهم من الشهداء فثبت ان
 الزوج شاهد لان الاصل ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه وعند الشافعي رحمه
 الله ايمان مؤكدة بلفظ الشهادة لقوله تعالى فشهادة اربعة احدهم اربع شهادات بالله فقلنا
 في اليمين والشهادة يحتمل اليمين فانه لو قال اشهد كان يميننا فحملنا المحتمل على المحكم
قوله ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف يعني
 انما قرن باللعن لقيامه مقام حد القذف في حقه في زعم المرأة اذ كل واحد من الحد
 والاستشهاد بالله كاذبا مع اللعن على نفسه سبب الهلاك وكذلك في حق المرأة بمنزلة
 حد الزنا في زعم الرجل لانه مهلك في حقها لانها كاذبة في زعم الرجل في شهادتها **قوله** لانه
 قائم في حقه مقام حد القذف حتى لو قذف امرأته مرارا فعليه لعان واحد كالحديث في حق
 الاجنبيات فان قيل يشكل على هذا ما لو قذف اربع نسوة له في كلمة واحدة او كلام متفرق
 فعليه ان يلعن كل واحدة منهن على حدة وما لو قذف اجنبيا فانه يقام عليه حد القذف
 لهن مرة فلو كان اللعان قائما مقام حد القذف في حقه لوجب عليه اللعان مرة فلما انما

باب اللعان

قال اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمرأة ممن يحسد قاذفها
او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والا صل ان اللعان عندنا
شهادات مؤكدة بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام
حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم

باب اللعان

هو مصدر من لاعن يلاعن ملاءنة ولعانا واصل اللعن الطرد وفي الشرع عبارة عما يجري
بين الزوجين من الشهادات الاربع والمعن والغضب سمي الكل لعانا لما شرع فيها من اللعن
كالصلوة يحمي ركوها وسجود الذلرك وركنه الشهادات الصادرة منهما وشرطه قيام الزوجية
وسببه قذف الرجل امرأته قذفاً يوجب الحد في الاجنبي واهله من كان اهلاً للشهادة
هنا وعند الشافعي رحمه الله من كان اهلاً لليمين وحكمه حرمة الاستمتاع كما فرغ من
اللعان ولكن لا تقع الفرقة بنفس اللعن عندنا حتى لو طلقها في هذه الحالة طلاقاً بائناً يقع
وكذا لو كذب الرجل نفسه حل له الوطى من غير تجديد النكاح بمنزلة ما لو اسلم احد
الزوجين يحرم الوطى ولا تقع الفرقة قبل التفريق .

قوله اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة ذكر في الاحرار والاهل
من هو اهل لاداء سائر الشهادات فان قيل يشكل على هذا جريان اللعان بين الزوجين
الاعميين او الفاسقين قلناهما من اهل الشهادة ولهذا الوفقى القاضي بشهادة هؤلاء جاز
قوله والمرأة ممن يحسد قاذفها شرط ذلك في جانبها لانها وان كانت من اهل الشهادة
فربما كانت ممن لا يحسد قاذفها بان كانت زنت و قيل اذا كان معها ولد ليس له
اب معروف لا يجب اللعان وان كانت من اهل الشهادة

لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه
او يكذب نفسه ليرتفع السبب ولولا عن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص
الا انه يبتدىء بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى
تلا من او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه
واذا كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا في قذف فتذف امرأته فعليه الحد
لانه تعذرا للعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلى وهو الثابت بقوله تعالى
والذين يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عنه وان كان من اهل الشهادة وهي
امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحدقا ذنبا بان كانت صبية او مجنونة
او زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان في جانبها وامتناع
اللعان بمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل في ذلك قوله عليه السلام
اربعة لالعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت
الحرة والحررة تحت المملوك

قوله لانه حق مستحق عليه لانه اخبار يجري مجرى الامر ولان المصدر
المقرون بحرف الفاء في موضع الجزاء يراد به الامر كما في قوله تعالى فتحرير رقبة
قوله وهو قادر على ايفائه وهذا قيد لانه لا يحبس في ايفاء الحق المستحق اذا لم يقدر
على الايفاء كما في المفلس **قوله** واذا كان الزوج عبدا او كافرا بان اسلمت امرأته
فتذفها قبل ان يعرض عليه الاسلام **قوله** وامتناع اللعان بمعنى من جهتها فيسقط الحد
جواب سؤال بان يقال ينبغي ان يجب حد القذف عليه لان اللعان خلف عنه فاذا امتنع
اللعان يصار الى الموجب الاصلى قلنا امتناع اللعان بمعنى من جهتها واهلية اللعان
موجودة في حقه اذ هو من جملة من شرع اللعان في حقه فلا يجب عليه الحد .

ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطى من شبهة كما اذا نفى اجنبى نسبه.
عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل فى النسب الفراش الصحيح والفاصد ملحق به فنفية
عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهره ملحق به ويشترط طلبها لانه حقها فلا بد من
طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلا من اويكذب نفسه

كان هكذا لان المقصود هناك يحصل باقامة حد واحد و هو دفع عا والزنا عنهن وههنا
لا يحصل المقصود بلعان واحد لانه يتعذر الجمع بينهما فى كلمات اللعان فقد يكون صادقا
فى حق بعضهن دون البعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك بلعان
بعضهن فلهذا يلاعن كل واحدة منهن على حدة حتى لو كان محدودا فى قذف كان عليه
حدوا حد لهن لان موجب قذفه لهن الحد ههنا والمقصود يحصل بحدوا حد كافى
الاجنبيات كذا فى المبسوط وانما خص الغضب فى جانبها دون اللعن فى المرة الخامسة
لانهم يستعملن اللعن كثيرا على ما ورد به الحديث انكن يكثرن اللعن ويكفرن
العشير فسقطت حرمة اللعن عن امينهن فعين تجربين على الاقدام لكثرة
جري اللعن على السنن وسقوط وقعه من قلوبهن فاقيم الغضب مقام اللعن فى
حقهن ليكون رادعا لهن عن الاقدام .

قوله ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطى جواب سؤال يريد به
لا يقال جاز ان لا يكون ابنه ولا تكون زانية بان وطئت بشبهة فيكون الولد من غيره
حقيقة وانما فى صادق فى نفية لان هذه الشبهة غير معتبرة لان عقاد الاجماع على انه لو نفاه
اجنبى عن الاب المشهور يصير قاذ فامع وجود هذا الاحتمال وهذا لان الاصل فى النسب
الفراش الصحيح والفاصد ملحق به والملحق به عارض والاصل عدمه فنفية عن الفراش
الصحيح قذف به حتى تبين به الملحق به .

وهو خاطب اذا كذب نفسه عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدانص على التأبيد ولهما ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لاحكم لها ولا يجتمعان ما كانا متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي نصبه والحق به بامه وصورة اللعان ان يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب المرأة ولو قذفها بالزنى ونفي الولد ذكر في اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نصب الولد ويلحقه بامه لما روي ان النبي عليه السلام نفى ولداً امرأة هلال ابن امية عن هلال والحق به بالان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده

على الشرط وهو قوله ان امسكتها وقوله هي طالق كلام مستأنف قاله بعد اللعان يريد انه اوقع التلث عليها بعد التلاعن ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولولم يكن النكاح قائماً بعد اللعان لانكر على اعتقاده قيام النكاح بعد اللعان ولما حل له ان لا يرد عليه فان قيل قد انكر فانه روي انه قال لا سبيل لك عليها قلنا هذا لا يدل على الرد فان عندنا لا سبيل له عليها مع قيام النكاح لاجل حرمة الاستمتاع كما اذا اسلم احداً لزوجين فالنكاح قائم ولا سبيل له عليها وروي ان ذلك الملاعن كان يطالبها بماساق اليها من المهر فقال له النبي عليه السلام اذهب فلا سبيل لك عليها ويدل على قيام النكاح ايضا بعد اللعان انه عليه السلام لا هن بين هلال وامرأته فلما فرغ فارق بينهما يدل على قيام النكاح بعد فراغهما من اللعان اذ التفريق بعد قيام الوصلة فان قيل اريد به اظهر الفرق بينهما قلنا حقيقة لاحداث الفرق لا لاطهارها

قوله وهو خاطب اذا كذب نفسه هذه مسألة مبتدأة اي هذا الرجل اذا كذب نفسه في القذف صار خاطباً من الخطاب اي يجوز له ان يتزوجها

ولو كانا محدودين في قذف فعلية الحدلان امتناع اللعان بمعنى من جهته اذ هو ليس من اهله
قال وصفة اللعان ان يتدعى القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة
 اشهد بالله اني لمن الصادقين فيمارميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان
 من الكاذبين فيمار ماها به من الزنا يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات تقول
 في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيمار ماني به من الزنا وتقول في الخامسة هضب الله
 عليها ان كان من الصادقين فيمار ماني به من الزنا والاصل فيه ما تلونا من النص وروى
 الحسن عن ابي حنيفة رح انه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيمارميتك به من الزنا لانه انقطع
 للاحتمال وجهه ما ذكر في الكتاب ان لفظة المغيبة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال
قال واذا التعنالا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما وقال زفر رح تقع بتلاعنها لانه تثبت
 الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح
 بالاحسان فاذا امتنع نائب القاضي منابه دفعا للمظلم دل عليه قول ذلك الملا من عند النبي
 عليه السلام كذبت عليها يا رسول الله فقال له امسكها فقال ان امسكتها فهي طالق ثلثا
 قاله بعد اللعان وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
 لان فعل القاضي انتسب اليه كما في الغين

قوله ولو كانا محدودين في قذف فعلية الحدلان قذفه باعتبار حاله غير موجب
 اللعان فيكون موجبا للحد ولا يجوز ان يقال امتناع جريان اللعان لكونها محدودة
 لان اصل القذف من الرجل فانما يظهر حكم المانع في حقها بعد قيام
 الاهلية في جانبها فاما بدون الاهلية في جانبها فلا يعتبر بجانبها **قوله** دل عليه قول
 ذلك الملا من عند النبي عليه السلام لما لا هن بين هو ومرو بين امرأته قال هو يدر
 كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها هي طالق ثلثا **قوله** كذبت عليها جزاء مقدر

وكذلك ان قذف غيرها فحده لما بينا وكذا اذ اذنت فحدث لان تغاء اهلية اللعان من جانبها
واذا قذف امرأته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان اجنبيا فكذا
لا بلا عن الزوج لقيامه مقامه وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم اهلية الشهادة
وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي
رحمه الله وهذا لانه لا يعري عن الشبهة والحدود تندري بها واذا قال الزوج ليس
بحملك مني فلا لعان وهذا قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى لانه لا يتيقن بقيام
الحمل فلم يصرقا ذنا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اللعان يجب بنفي
الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر وهو معنى ما ذكر في الاصل لانا تيقنا بقيام
الحمل عنده فيتحقق القذف فلما اذالم يكن قذفا في الحال يصير كما لمعلق بالشرط فيصير

قوله وكذلك ان قذف غيرها فحده اي له ان يتزوجها لما بينا وهو قوله اذا حد لم يبق اهلا للمعان
قوله وكذا اذ اذنت فحدث اي كان له ان يتزوجها هذا اذا تلا عنا بعد التزوج قبل
الدخول ثم زنت لان حدها الجلد حينئذ لانها ليست بمحصنة قبل الدخول ولا يمكن تصوير
التزوج اذا كان اللعان بينهما بعد الدخول ثم زنت لان حدها الرجم **قوله** وقذف الاخرس
لا يتعلق به اللعان وفيه خلاف الشافعي وعند الشافعي رح يجب الحد والمعان لان اشارة
الاخرس كعبارة الناطق ولكننا نقول لا بد من التصريح بلفظ الزنا ليكون قذفا موجبا للحد
ولا يتأتى التصريح باشارة الاخرس فان اشارته دون عبارة الناطق بالكناية ولانه لا بد من لفظ
الشهادة في اللعان قوله حتى ان الناطق لو قال احلف مكان قوله اشهد لا يكون صحيحا
وكذلك ان كانت هي خرسا ولان قذف الخرس لا يوجب الحد على الاجنبي لجواز ان يصدفه
لو كانت تنطق ولا تقدر على اظهار هذا التصديق بشهارتها واقامة الحد مع الشبهة لا يجوز
كذا في المبسوط **قوله** لانا تيقنا بقيام الحمل عنده اي عند القذف فكان هذا ونفيه بعد الولادة سواء
فيتحقق القذف في الصورتين ولهذا يثبت حكم الارث والوصية اذا ولدت لاقل من ستة اشهر

(كتاب الطلاق ... باب اللعان)

ويتضمنه القضاء بالتفريق وعن أبي يوسف رحمه الله ان القاضي يفرق ويقول
قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره
 فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضي لاقراءه بوجوب الحد عليه وحل له ان يتزوجها
 وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع بحكمه المنوط به وهو التحريم

كما لغيره يجوز ان يتزوجها وقال ابو يوسف رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام
 المتلاعنان لا يجتمعان ابدانص على التابيد فمجوز النكاح مخالف للنص ولهما ان اللعان
 شهادة والا كذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لاحكم لها فلم يبق متلاعنا والداخل
 تحت النص المتلاعن ولا يجتمعان مادام متلاعنين كما اذا حلف لا يكلم هذا الكافر ابد ابي
 مادام كافرا الا ترى ان المناق اذا اسلم بحل الصلوة عليه وان نزل في المنافقين ولا تصل
 على احد منهم مات ابد ا فان قيل بعد الا كذاب يسمى متلاعنا فبقي داخلا تحت النص
 قلنا بعد الفراغ من اللعان لم يبق التلاعن حقيقة لان ذالحال تشاغلهما باللعان كالمقابلين
 وكذا مجاز الانه انما سمي متلاعنا ما بقي اللعان بينهما حكما ولم يبق ذلك لانه اذا اكذب
 نفسه يقام عليه الحد لاقراءه على نفسه بالتزام الحد ومن ضرورة اقامة الحد عليه بطلان اللعان
 والاصار جمعا بين الاصل والخلف وبين الحدين •

قوله ويتضمنه القضاء بالتفريق اي القضاء بالتفريق ينضم نفي الولد
قوله وعن أبي يوسف رحمه الله ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من
 نسب الاب حتى لو لم يقل ذلك لا ينتفى النسب عنه وهذا صحيح لانه ليس من ضرورة
 التفريق باللعان نفي النسب كما بعد موت الولد **قوله** لانه ينفك عنه اي من القضاء
 بالتفريق الا ترى انه اذا انفى ولداً انفى الولد يثبت النفي ولا يثبت اللعان ولا التفريق
 ولو قال لامرأة زانية ولها منه ولد يثبت اللعان ولا يلزم نفي الولد •

ثم قد تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين •

قال واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفي الاول واعترف بالثاني ثبت نسبهما لانهما توأمان خلقا من ماء واحد وحدث الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف بالاول ونفي الثاني ثبت نسبهما لما ذكرنا ولا عن لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصاركما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلا عن كذا هذا والله تعالى اعلم بالصواب •

قوله ثم قد تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين وفي الايضاح وعلى هذا الاصل قالوا في الغائب عن امرأته اذا ولدت ولم يعلم بالولادة حتى قدم ان له النفي عند ابني حنيفة رحمه الله في مقدار ما تقبل فيه التهنئة وقال لا في مقدار رمدة النفاس بعد القدوم لان النسب لا يلزم الا بعد العلم به فصارت حالة القدوم كحالة الولادة **قوله** والاقرار بالعفة سابق على القذف هذا جواب سؤال مقدرو هو ان يقال ينبغي ان يجب عليه الحد لانه اكذب نفسه بعد القذف لان الاقرار الاول بثبوت النسب باق بعد نفي الثاني فيعتبر قيام الاقرار بعد القذف بائداء الاقرار ولو وجد الاقرار بعد النفي يثبت الاكذاب ويجب الحد فكذا هنا فاجاب عنه ان الاقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة واما من حيث الحكم فلا حق ثم ان كان يجب الحد باعتبار الحكم فلا يجب باعتبار الحقيقة فلا يجب الحد اما للشك في وجوب الحد واما للسعي في درء الحد عند الشبهة واما لترجيح جانب الحقيقة على الحكم لان الحقيقة حقيق بالعمل بها والله تعالى اعلم بالصواب •

كانه قال ان كان بك حمل فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط فان قال لها زنت وهذا الحمل من الزنا تلاعننا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي رحمه الله ينفه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ولان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحمل بطريق الوحي واذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل التهنية وتبتاع آله الولادة صح نفيه ولا عن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يصح نفيه في مدة النفاس لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه اثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنية او سكوته عند التهنية او ابتياعه متاع الولادة او مضى ذلك الوقت وهو يمتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة

قوله كانه قال ان كان بك حمل فليس مني ولو قال هذا لا يكون قذافا لانه لا يحتمل التعليق بالشرط لانها مني لم تكن زانية قبل وجود الشرط لا تصبر زانية بوجوده لان المعلق بالشرط لا يكون قاذفا في الحال ولا يمكن تحقيق القذف عند الشرط لعدم كلامه حقيقة عنده ولا يقال هذا ليس بمعلق بل هو موقوف حتى يتبين في الثاني انه موجود عند النفي ام معدوم فاذا عرف وجوده تبين انه قذف مطلق لان فيه شبهة التعليق لان كل موقوف فيه شبهة التعليق اذ لا يعرف حكمه الا بعاقبته وهو كالشرط في حقنا وشبهة التعليق كحقيقة التعليق في الحدود وعند الشافعي رحمه الله تلاعن قبل الوضع لانه قذفها حقيقة بنفي الولد فلنا نفى الولد لا يكون بدونه ولا يعلم وجوده قبل الولادة فلعله ربح او انتفاخ •

فان خلوة العنين صحيحة وتجب العدة لما بينا من قبل هذا اذا اقرا الزوج انه لم يصل اليها ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول اليها فان كانت ثيبا

لمرض وذا لا يوجب الخيار وقد يكون خلقة وانما يتبين ذلك بالتأجيل سنة لان المرض غالبا قد يكون لغلبة البرودة او الحرارة او اليبوسة او الرطوبة وفصول السنة مشتملة على الرطوبة والحرارة واليبوسة والبرودة فعسى يوافق فصل منها طبعه فيزول ما به من المرض باعتدال الطبع فتمت مضت السنة ولم ينزل فالظاهر انه خلفه وان حقها المستحق فات فيفرق بطلبها لانه حقها وذكر الامام القاضي خان فاذا وجدت زوجها عينا ولم يخاصم زمانا لم يبطل وكذا لو رفعته الامر الى القاضي واجله القاضي سنة فلم يخاصم زمانا بعد مضي الاجل لانها لا تقدر على الخصومة في كل وقت ولان ذاقه يكون للتجربة والامتحان لا للرضاء ولو وطئها مرة ثم عجز لا خيار لها وكذلك لو لم يكن له ماء وبجماع ولا ينزل لا يكون لها حق الخصومة ولا يفرق بينهما بعدم الوصول ثم وعدا الوصول فتزوجها تعجز لا خيار لها لانها رضيت بخلاف ما لو تزوجت به اخرى وهي عالة بحاله لا يكون رضامنها في الاصل يكون رضا لانها رضيت بالمقام معه وان علمت بعد النكاح بحاله لا يبطل خيارها بطول مقامها معه لان الحق لا يبطل بالتأخير ما لم يقل رضيت بالمقام معه وفي ادب القاضي سأل الزوج القاضي ان يؤجله سنة اخرى او شهر او اكثر فانه لا ينبغي له ان يفعل ذلك الا برضاء المرأة فان رضيت ثم رجعت فلها ذلك ويبطل الاجل ويخير كذا ذكره الامام التمر تاشي رحمه الله

قوله فان خلوة العنين صحيحة اذ لا وقوف على حقيقة العنة لجواز ان يمتنع من الوطئ اختيارا فدار الحكم على سلامة الآلة **قوله** لما بينا من قبل اي في باب المهر حيث قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا

باب العنين وغيره

قال وإذا كان الزوج عنيّا اجله الحاكّم سنة فان وصل اليها ولا فرق بينهما اذا طلبت المرأة ذلك هكذا روي عن عمرو بن علي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم ولان الحق ثابت له في الوطى ويحتمل ان يكون الامتناع لعلّة معترضة ويحتمل لآفة اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت المدة به ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع نائب القاضي منابه ففرق بينهما ولا بد من طلبها لان التفريق حقها وتلك العرقّة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف الى فعل الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وانما تقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمرّاجعة ولها كمال مهرها ان كان خلا بها

باب العنين وغيره

هو الذي لا يقدر على اتيان النساء من عن اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل او من عن اذا عرض لانه يعن يمينا وشمالا ولا يقصد وقيل سمي العنين عنيلا لان ذكره يستويحي فبعن يمينا وشمالا ولا يقصد المأثني من المرأة فالعنن هو الذي لا يصل الى النساء مع قيام الآفة او يصل الى الثيب دون الابكار او الى بعض النساء دون البعض وانما يكون ذلك لمرض به او لضعف في خلقته او اكبر سنه او محرفه هو عنين في حق من لا يصل اليها لغوات المقصود فيؤجله الحاكّم سنة لان حقها مستحق بعقد النكاح وطفا في الجملة لاني كل زمان والعدم في الحال لا يدل على العدم في الثاني من الزمان لان اذا قد يكون

وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية وهو الصحيح ويحتسب بايام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلوعنه واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي رحمه الله ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا وطبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه الصلوة والسلام فرمن المجذوم فرار ك من الاسد

البكارة ومن ضرورتها عدم الوصول فلهذا خبرت ولم يحتج الى شي آخر وانما خبرت لانها قصدت بالنكاح ان يستعف ولا تحصل لها العفة بهذا الزوج وبغيره مع قيام هذا النكاح فلو لم يخبر كان تعريضها على الزنا وذكر في المبسوط واذا خبرها القاضي فاختارت الزوج او قامت من مجلسها او اقامها اعوان القاضي او اقام القاضي قبل ان يختار شيئا بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقت بالمجلس فمما مثله والتفريق كان لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا او دلالة بتأخير الاختيار الى ان قامت او اقيمت سقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشي فان اختارت الفرقة امرأ القاضي الزوج بان يطلقها وان ابنى فرق القاضي بينهما .

قوله وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية وهو الصحيح واختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى عليه في المبسوط واختيار الامام قاضي خان والامام ظهير الدين رحمهما الله في التأجيل انه يقدر بسنة شمسية اخذ بالاحتياط فربما يكون موافقة الفلاح في الايام التي يقع التفاوت فيها بين الشمسية والقمرية وفي شرح الطحاوي رحمه الله التأجيل بالسنة القمرية ظاهر الرواية والتأجيل بالشمسية رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وعن شمس الائمة الحلواني رحمه الله الشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم وجزء من مائة وعشرين جزء من اليوم والقمرية ثلثمائة واربعة وخمسون يوما

فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والا صل هو السلامة في الجبل
ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكر انظر اليها النساء
فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه وان قلن هي ثيب يحلف الزوج فان حلف
لاحق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان محبوبا فرق بينهما في الحال ان طابت لانه
لا فائدة في التأجيل والخصي يؤجل كايؤجل الغنين لان وطئه مرجو واذا اجل الغنين
سنة وقال قد جامعتها وانكرت نظر اليها النساء فان قلن هي بكر خبرت لان شهادتهن
تأيدت بمؤيدوهي البكار وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان نكل خبرت لتأييدها
بالنكول وان حلف لا تخيروا كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه
فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضىت بطلان حقها

قوله فالقول قوله والقياس ان يكون القول قولها لانها تنكر الوصول الا ان
الزوج منكر في معنى ثبوت حق الفرقة بالتأجيل والمعبرة للمعنى لا للصورة
كالمودع اذا ادعى رد الودعة فالقول قوله لانه منكر معنى وان كان مدعى صورة
فكذا هنا **قوله** فان قلن هي بكر خبرت فالاحاصل ان الالة للنساء مرتين مرة
قبل الاجل للتأجيل ومرة بعد الاجل للتخير ثم كيف يعرف انها بكرام
ثيب قالوا يدفع في فرجها اصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنف ثيب
والا فبكر وقيل ان امسها ان يبول على الجدار فبكر والا فثيب وقيل يكسر البيض فيصب
في فرجها فان دخلت فثيب والا فبكر **قوله** لان شهادتهن تأيدت بمؤيدوهي البكار
اذا البكار اصل فيهن فيثبت بقولهن وان قلن هي ثيب تثبت الثبابة ايضا ولكن مع ذلك
يحلف الرجل لانه ليس من ضرورة الثبابة الوصول اليها لاحتمال زوال البكار بشيء آخر
فلم يثبت بشهادة الوصول فلماذا يحلف الزوج بخلاف البكار فان شهادتهن تثبت

والمستحق هو المتمكن وهو حاصل واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الحب والعتة بخلاف جانيه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الحب والعتة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة بها فانفرا والله تعالى اعلم بالصواب .

قوله والمستحق هو المتمكن وهو حاصل اي المتمكن من الوطى حاصل اما في المجذومة والمجنونة والبرصاء فظاهر واما في الرتقاء والقرناء فممكن بالشق والفتق **قوله** وقال محمد رحمه الله لها الخيار اذا كان على حال لا يطيق المقيم معه لانه يقدر عليها الوصول الى حقها بمعنى فيه فكان بمنزلة ما لو وجدته مجبوا او عينا ولكن نقول بهذه العيوب لا ينسد عليها باب استيفاء المقصود وانما تقل رغبته فيها ويتاذى بالصحة والعشرة معه وذلك غير مثبت لها الخيار كما لو وجدته سعي الخلق او مقطوع اليدين والرجلين بخلاف الحب والعتة وكذلك ان اشترط احدهما على صاحبه السلامة من العمي والشلل والزمانة فوجده بخلاف ذلك لا يثبت لها الخيار وكذلك لو شرط احدهما لصاحبه صفة الجمال او البكارة فوجدها بخلاف ذلك لا يثبت لها الخيار لان فوت زيادة مشروطة بمنزلة العيب في اثبات الخيار كما في البيع وبهذا تبين انه لا معتبر بتمام الرضاء في باب النكاح فانه لو تزوجها بشرط انها بكر شابة جميلة فوجدها ثيبا عجوزا شوها لها شق مائل وعقل زائل ولعاب سائل فانه لا يثبت له الخيار وقد انعدم الرضاء بهذه الصفة وانما يثبت في الحب والعتة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهو الوطى وهذه العيوب غير مخلة به فانفرا والله اعلم بالصواب .

ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلف له بهذه العيوب اولى
وهذا لان الاستيفاء من الثمرات

وفي الذخيرة يؤجل الغنين سنة شمسية لا قمرية فالسنة الشمسية السنة بالايام والسنة القمرية
السنة بالاهلة والشمسية تزيد على القمرية باحد عشر يوما وشي^ء فيجوز ان يوافق طبعه
هذه الزيادة فلا بد من اعتبارها ولا يحسب بمرضه ومرضها وروي عن ابي يوسف رحمه
الله انه اذا مرض احدهما مرضا لا يمتطيع الاجتماع معه فان كان اقل من نصف الشهر
احتسب عليه وان كان اكثر لم يحسب عليه وجعل له بدل مكانها وكذلك العتق لان
شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه في الليل ومنوع في النهار فثبت ان نصف الشهر
محسوب عليه وهذا اصح الروايات عن ابي يوسف رحمه الله وان احرمت بحجة الاسلام
لم يحسب على الزوج بتلك المدة لانه لا يقدر على ان يحللها الا ترى انها لو كانت محرمة
حين خاصته لم يؤجله القاضي حتى يفرغ من الحج ولو خاصته والزوج مظاهر منها
فان كان يقدر على العتق اجله وان كان عاجزا عن ذلك امهله شهرين لانه ممنوع من
غشيانها ما لم يكفر فان ظاهر منها بعد التأجيل لم يلتفت القاضي الى ذلك واحتسب
عليه بتلك المدة لانه كان متمكنا ان لا يظاهر منها الجذام هو يشقق الجلد ويقطع اللحم ويساقطه
والفعل منه جذم والرتق بالتحريك مصدر قولك امرأة رتقاء لا يستطيع جماعها الارتقاق
ذلك الموضع منها كذا في الصحاح والقرن في الفرج مانع يمنع من سلوك الذكر فيه
اماغدة غليظة او لحم مرتفعة او عظم وامرأة قرناء بها ذلك وقيل العقله وهي بالتحريك
شيء يخرج من قبل النساء وحياء الناقة شبيهة بالادرة للرجل وقيل تنثر في الرحم
واختصم الى شريح في جارية بها قرن فقال اعدوها فان اصاب الارض فهو عيب وان
لم يصب الارض فليس بعيب •

قوله ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ حتى لا يسقط شيء من المهر والموت

وهذا يتحقق فيها والا قراء الحيض عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى الا طهار
واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمها جملة
الاشتراك والحمل على الحيض اولي اما عملا بلفظة الجمع لانه لو حمل على الاطهار
والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا ولا نه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود

التمسك ظاهر في الطلاق البائن وعلى الوجه الثاني نقول لما وجبت العدة لتعرف براءة الرحم
ولقضاء حق النكاح فيما اذا انعقد سبب الزوال ولم يتحقق الزوال لان يثبت في موضع
يتحقق الزوال اولي وهذا لان حق النكاح ان يستدام ولا يزال والعدة تمنع الزوال
فكانت الاسنادامة بعد سبب الزوال قضاء لحقه وبياننا اخطره

قوله وهذا يتحقق فيها اي التعرف عن براءة الرحم يتحقق في الفرة بغير طلاق **قوله** والا قراء
الحيض عندنا وقال الشافعي رحمه الله الا طهار وفائدة الخلاف تظهر فيما اذا اطلق امرأته في طهر
لم يجامعها فيه لا تنقضي العدة ما لم يطهر من الحيضة الثالثة وعنده كما شرعت في الحيضة الثالثة
انقضت عدتها واحتج بان الطلاق معقب للمعدة فيجب ان يكون الزمان الذي يعقب الطلاق
محسوبا من العدة **قوله** اذ هو من الاضداد دليل على انه حقيقة فيهما فكان فيه قطع وهم
انه مجاز في احدهما لان الطريق في المجاز المناسبة وبين الطهر والحيض مضادة فهو كالصريم
يطلق على الليل والنهار **قوله** اما عملا بلفظة الجمع وهو القروء والجمع الصحيح هو الثلاثة
وذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لان الطلاق يوقع في طهر وهو سنة
ثم هو محسوب من الاقراء عند من يقول بالاطهار فيكون حينئذ مدة عدتها قرنين
وبعض الثالث فلم يكن ثلثا كوامل وهذا مستقيم في جمع غير مقرون بالعدد كقوله
* تعالى الحسب شهر معلومات فاما في جمع مقرون بالعدد فلا بد من الكمال لان الثلاثة
اسم خاص للعدد معلوم لا يحتمل غيره •

باب العدة

قال واذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً او رجعيّاً او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة
 ممن تحيض فعدتها ثلثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء والفرقة
 اذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم
 في الفرقة الطارئة على النكاح

باب العدة

هي التريص الذي يلزم المرأة بزوال النكاح وشبهته

قوله قال واذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً او رجعيّاً ولم يذكر له رجعيّاً
 في بعض النسخ ولا بد من ذكره ولم يذكر له دخول مع ان عدة الطلاق لا يجب
 الا بعد الدخول او الخلوة بناء على ان الاصل في النكاح هو الدخول ولان وجوب العدة
 من الفرقة في حال الحيوة انما كان بعد الدخول لا قبله وهو ظاهر فاستغني بظهوره عن ذكره
قوله او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي مثل الفرقة بخيار العتاقة وعدم
 الكفاءة وخيار البلوغ وملك احدا الزوجين صاحبه والفرقة في النكاح الفاسد
قوله لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء اراد المدخول بهن من ذوات
 الافراء وهو خبر في معنى الامراي ولينربصن المطلقات واخراج الامر في صورة الخبر
 تأكيد الامر واشعار بانه مما يجب ان يتلقى بالمسارعة الى امثاله وذكر الانفس تهيب
 لهن على التريص وزيادة بعث لان انفسهن طوامح الى الرجال فامر ان يقمن انفسهن
 ويخبر بها على التريص كذا في الكشف قيل النص يتناول المطلقة ثلثاً فمادونها وقيل
 اراد به ما دون الثلث بدلالة قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن فعلى الوجه الاول

وان كانت امة فعدتها حيضتان لقوله عم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف
والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين واليه اشار عمر رضى بقوله لو استطعت لجعلتها
حيضة ونصفا وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لانه متجزى فامكن تنصيفه عملا بالرق
وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشرة ايام لقوله تع ويذرون ازواجهن يترصدن بانفسهن اربعة اشهر
وعشر اربعة الامة شهران وخمسة ايام لان الرق منصف وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها
لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود رضى
من شاء باهله ان سورة النساء القصوى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة وقال عمر رضى الله
لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج واذا ورثت المطلقة في المرض
فعدتها بعد الاجلين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رضى وقال ابو يوسف رضى ثلاث حيض ومعهنا اذا
كان الطلاق باثنا او ثلثا ما اذا كان رجعي فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف ان النكاح
قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلث حيض وانما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح في الوفاة

قوله وان كانت امة فعدتها حيضتان لقوله عم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان
فان قيل النص الوارد في المطلقات عام وتخصيص العام ابتداء لا يجوز بخبر الواحد والقياس
ولهذا قال ابو بكر الاصح مدتها ثلثة اقراء فلنا هذا حديث تلقته الامة بالقبول فدخل في حد
المشاهير على ان الآية واردة في الحرائر لقوله تعالى مما آتيتموهن حتى تنكح زوجا غيره فيما افتدت
به او نقول خص من قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء غير المدخول بها و
لم يدخل في الآية الصغيرة والآيسة والحامل فيخص موضع النزاع ولان العدة نعمة في حقهن
لما فيه من تعظيم ملك النكاح وللرق اثر في تنصيف النعم لان استحقاتها يوصف الادمية
وقد اثر الرق في نقصانها فلا بد ان يؤثر ذلك في نقصان النعمة الا ان الحيضة لا تتجزى
ولا تنصف لانها تختلف في انفسها بين ان يكون ثلثة او اربعة الى عشرة والاكثر من الايام
وان كان متيقنا غير ان وقتها مشكوك فيه فنعذر التنصيف فقلنا بالنكحيل **قوله** وعدة الحرة

اولقوله عليه الصلوة والسلام طلاق الامة ثنتان وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانابه وان كانت لا تحيض من صغرا وكبر فعدتها ثلثة اشهر لقوله تعالى واللائمي يئسن من المحيض من نسائكُم الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بأخر الآية وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى واللات الاحمال الجلهن ان يضعن حملهن .

قوله اولقوله عليه الصلوة والسلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان فيلتحق بيانابه اي هذا الحديث يلتحق بيانا لمجمل الكتاب حيث قال وعدتها حيضتان ولم يقل طهران ولا خلاف ان عدة الامة نصف عدة الحرة لان اثر الرق في التنصيف لا في اصل العدة ومما يدل على صحة ما ذهبنا اليه قوله تعالى واللائمي يئسن من المحيض من نسائكُم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر فاقام الاشهر مقام الحيض دون الاطهار والنقل الى البدل انما يكون عند عدم الاصل كقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا فهو تنصيص على ان المراد بالقرء الحيض فان قبل الاصل اطهار هي قروء ولا وجود لها الا بالمحيض فان الطهر قبل الحيض لا يسمى قرء لانعدام لهذه القرء الابانعدام الحيض فصار كقوله يئسن من المحيض مجاز عن قوله يئسن من الاطهار التي هي قروء فلذلك استقام الابدال قلنا ان الكلام لتحقيقه حتى يقوم الدليل على مجازة ودل عليه ان الله تعالى بدأ فقال والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء ثم نقل الى البدل فيمن عدت القروء ولو كان المراد ما ذكره كان من حق الكلام ان يقال واللائمي عد من القرء ليكون النقل بعدم عين ما شرع اصلا فلما جاء بعبارة اخرى علم انها لم تكن الالفائدة زائدة وليس ذلك الا ما قلنا **قوله** وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بأخر الآية وهو قوله تعالى واللائمي لم يحضن اي والصغائر اللائي لم يبلغن واللائمي بلغن بغير الحيض كذلك يعنون ثلثة اشهر كذا في التيسير .

ولو قتل على رده حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لان المسلمة لا ترث من الكافر فان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر لقيام النكاح من كل وجه وان اعتقت وهي مبنوتة او متوفى عنها زوجها لم تنقل عدتها الى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبنوتة والموت وان كانت أئمة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ماضى من عدتها وعليها ان تستأنف العدة بالحيض ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق الاياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالغدية في حق الشيخ الفاني .

قوله ولو قتل على رده حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح لم يعتبر ثمة باقيا الى وقت الموت في حق الارث لانها مسلمة عند الموت والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند استحقاق الارث الى وقت الردة وبذلك السبب لزمتهما العدة بالحيض ولا تلزمها عدة الوفاة وهنا استحقاق الارث عند الموت لا عند الطلاق فعلم ان النكاح كالفائم بينهما الى وقت الموت حكما **قوله** ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا اذ شرط الخلفية تحقق الاياس وذا بالعجز الدائم الى الموت كالغدية في حق الشيخ الفاني فانها خلف من الصوم بشرط استمرار العجز مدة العمر وقال صاحب المحيط لا تقدير في حد الاياس بالسنة في رواية واباسها على هذه الرواية ان يبلغ من السن مبلغا لا يحيض مثلها فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم باباسها فان رأت بعد ذلك دما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل الامتداد بالا شهر ويظهر فساد النكاح وفي رواية يقدر بخمسة وخمسين سنة على

الا انه بقي في حق الارث لافي حق تغيير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطاً فيجمع بينهما

في الوفاة اربعة اشهر وعشر سواء كانت صغيرة او كبيوة كافر او مسلمة موطوءة او غير موطوءة وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها وكان علي رضي الله تعالى عنه يقول تعدد المتوفى عنها زوجها با بعد الاجلين اما بوضع الحمل او باربعة اشهر وعشر لتعارض النصين وهو قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن اربعة اشهر وعشر فدخلت الحامل في عموم قوله تعالى اذوا وقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن فيجمع بينهما احتياطاً لجهالة التاريخ وعامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم على ان عدتها بوضع الحمل لان قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن نزلت بعد قوله تعالى والذين يتوفون منكم الآية فصارت ناسخة لتلك اذ العام المتأخر ينسخ الخاص المتقدم وقال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه من شاء باهله ان سورة النساء القصوى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء نزلت بعد التي في سورة البقرة اي والذين يتوفون منكم والمباهلة الملاعة مفاعلة من البهلة وهي اللعنة وكانوا اذا اختلفوا في شيء اجتمعوا وقالوا بهلة الله على الكاذب منا ومنكم *

قوله الا انه بقي في حق الارث لافي حق تغيير العدة فانما بقي في حق الارث بحكم الفراغ لا باعتبار بقاء الزوجية وهذا يلزمها عدة الوفاة لا ترى ان المرتد اذا مات او قتل على ردة تترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة لان زوال النكاح بهر دته لا لموته ولهما انها مطلقة حقيقة متوفى عنها زوجها حكما فيجب اعتبارهما وهذا لاننا اورثناها باعتبار قيام النكاح بينهما حكما الى وقت الموت اذ لا بد من قيام سبب الارث عند الموت ليستحق الارث فاذا بقي النكاح في حق الارث حكما مع انه لا يثبت بالشك فلا يبقى في حكم العدة وهي تثبت بالشك اولى

لأنها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعروف
 وإذا مات مولد أم الولد عنها واعتقها فعدتها ثلث حيض وقال الشافعي رحمه الله حيضة واحدة
 لأنها تجب بزوال ملك البمين فشابهت الاستبراء ولنا أنها وجبت بزوال الغراش
 فاشتبهت عدة النكاح ثم أما متأبيه عمر رضي الله عنه فإنه قال عدة أم الولد ثلث حيض
 ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلثة أشهر كما في النكاح

قال وإذا مات الصغير عن امرأته وبها حمل فعدتها أن تضع حملها وهذا
 عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبي يوسف رحمه الله تعالى
 عليه عدتها أربعة أشهر وعشر وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى عليه لأن
 الحمل ليس بثابت النسب منه

قوله لأنها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والمعرف هو الحيض
 فإن قيل لو كان المقصود تعرف براءة الرحم لاكتفي فيه بحيضة كما في الاستبراء
 قلنا إنما وجب التريص بثلاثة أقراء في النكاح الصحيح لجواز أن تحيض الحامل اذ هو مجتهد
 فيه فلا يتيقن بالفراغ بحيضة فقدر بالثلث ليعلم فراغ الرحم اذ هو عدد معتبر في الشرح
 لإبلاء الأعداء كما في شرط الأخبار وقصة الأخيار والفساد ملحق بالصحيح في حق ثبوت النسب
 فيقدر بالأقراء الثلاثة صيانة للماء عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه كما قدرنا الصحيح بها
 ثم المنكوحة نكاحا فاسدا كما المنكوحة بغير شهود فإنه فاسد بالاتفاق بين علماؤنا وأما نكاح
 المحارم مع العلم بأنها حرام فنكاح فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلا فإلهما
 وفي الذخيرة تزوج منكوحة الغير ولا يعلم أنها منكوحة الغير ودخل بها تجب العدة
 وإن كان يعلم أنها منكوحة الغير لا تجب العدة بالدخول حتى لا يحرم على الزوج وطئها
 وبه يفتى وأما الموطوءة بشبهة فهي التي زفت إلى غير زوجها فوطئها تجب عليها العدة

ولو حاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالاشهر تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل
والمنكوحة نكاحا فاسدا او الموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت

ما نالوا فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع دمها حكم باياسها فان رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا
عند البعض ولا يبطل به الاعتداد بالاشهر ولا يظهر فساد النكاح وقيل يكون حيضا فيبطل
به الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح لان الحكم بالاياس بعد خمس وخمسين بالاجتهاد
والدم حيض بالنص فاذا رأت الدم فقد وجد النص بخلاف الاجتهاد فيبطل حكم الاياس
الثابت بالاجتهاد حتى قالوا انما يكون حيضا اذا كان احمر او اسود اما اذا كان اخضر
او اصفر لا يكون حيضا لان كون هذا المرئي حيضا ثبت بالاجتهاد فلا يبطل الاياس الثابت
بالاجتهاد وكان الصدر الشهيد رحمه الله تعالى يفني بانها لو رأت الدم بعد ذلك
على اي صفة رأت يكون حيضا ويفني بطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم
قبل تمام الاعتداد بالاشهر ولا يفني بطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم
بعد تمام الاعتداد بالاشهر.

قوله ولو حاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالاشهر تغاديا عن الجمع بين الخلف والاصل
فان قيل بناء الخلف على الاصل يجوز الا ترى ان المصلي اذا سبقه السجود وقد كان
توضأ يتيمم ويبني ان لم يجد ماء ومن عجز عن الركوع والسجود يؤمى ويبني قلنا الصلوة
بالتيمم ليست بخلف عن الصلوة بوضوء وانما الخلف بين التراب والماء او بين الطهارة
ولا يكمل احد هما بالآخر وكذا الصلوة بالايماء ليست ببدل عن الصلوة بركوع
وسجود لان بعض الشيء لا يكون خلفا عن كله فاما العدة بالاشهر فبدل عن العدة
بالحيض فلا يكمل احد هما بالآخر.

قال واذا وطئت المعدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا فاذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تتداخلان لان المقصود هو العادة فانها عبادة كف عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود هو التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف والمعدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق والوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها

قوله واذا وطئت المعدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتتداخلان وقال الشافعي رحمه الله لا تتداخلان هذا اذا وطئها اجنبي بشبهة اما اذا وطئها الزوج المطلق بشبهة تداخلت العدتان بالاجماع وفي المبسوط وان كانت العدتان من واحد بان وطئ معدته بعد البيونة بالاشبهة فلا شك عندنا انهما تنقضان بمدة واحدة وهو احد قواي الشافعي رح وفي القول الآخر يقول لا تجب العدة بالسبب الثاني اصلا وحاصل الخلاف راجع الى ان ركن العدة الفعل ام ترك الفعل مع ان المقصود يحصل بالطريقين وهو صيانة الانسان عن الاشتباه فعنده الركن هو الفعل وهو كف المرأة نفسها عن البروز والخروج والتزوج باخر فيكون عبادة كالكف عن قضاء الشهوتين في الصوم لانها امرت بالتر بص وهو الكف واداء العبادتين في وقت واحد ولهذا لا يتصور كصومين في يوم واحد وعندنا الركن ترك الفعل ومعنى العبادة تابع لانها اجل لقوله تعالى اجلهن ان يضعن حملهن فاذا بلغن اجلهن حتى يبلغ الكتاب اجله والآجال اذا اجتمعت تنقضي بمدة واحدة

(كتاب الطلاق ... باب العدة)

فصار كالحدوث بعد الموت وألها ما طلاق قوله تعالى وإيلات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال فصرت المدة او طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى ينحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترا ولا يلزم امرأة الكبر اذا حدث لها الحمل بعد الموت لان النسب ثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما .

قال ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا ينصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه في موضع النصور واذا طلق الرجل امرأة في حالة الحيض لم تعد بالحبيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة مقدرة بثلاثة حيض كوامل فلا تنتقض عنها

وعلى الواطى المهر على ما يجي في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى .
قوله فصار كالحدوث بعد الموت وتفسير الحدوث بعد الموت بان تضعه ستة اشهر فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشايخ رحمهم الله وقال بعضهم بان تأتى لاكثر من سنتين والاول اصح وتفسير قيام الحمل عند الموت هو ان تلد لافل من ستة اشهر من وقت الموت كذا في الغوائد الظهيرية **قوله** ولا يلزم امرأة الكبر اذا حدث لها الحمل بعد الموت يريد به اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر اذ لو كان على حقيقته بان جاءت به لتنام سنتين فصاعدا تكون العدة بالاشهر لانه يكون من زنا فلا يتغير به حكم العدة **قوله** ولا يثبت نسب الولد في الوجهين اي فيما اذا كان قائما عند الموت وفيما اذا حدث بعد الموت

ومشايخنا رحمهم الله يفتنون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الافرار نغيا لثمة المواضعة والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطي على ترك وطئها وقال زفر رحمه الله من آخر الوطئات لان الوطى هو السبب الموجب ولنا ان كل وطى وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطئ الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد قبل المأثرة او العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره

نكاح متأكد بالدخول او ما يقوم مقامه مما يكمل المهر عند ثبوت ما يوجب الفرقة لا الفرقة فانها شرط فكانه جعل الشرط المعمل للعلة كاسبب .

قوله ومشايخنا رحمهم الله يفتنون في الطلاق ان ابتداءها من وقت وجود الافرار نغيا لثمة المواضعة بان يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرا والمرضى لها بالدين ووصية لها بشيء او يتواضعا على انقضاء العدة بان ينزوجا ختها او اربعا سواها او ربما تكون المرأة محرمه حرمة غليظة فيتواضعا على هذا الاقرار حتى يتمكن من التجليل في الحال ولا تجب عليها العدة قال صاحب المحيط وغيره اذا اقر الرجل انه طلق امرأته منذ خمس سنين ان كذبه في الاسناد او قالت لا ادري تجب العدة من وقت الافرار قالوا هذا الجواب في النفقة والسكنى حتى تجب لها النفقة والحكنى اما في حق الزوج باختها او اربع سواها تعتبر العدة من وقت الطلاق وقيل في حق الزوج باختها او اربع سواها تعتبر العدة من وقت الافرار عقوبة عليه جزاء على كتمانها الطلاق ولكن لا تجب لها نفقة العدة ومؤنة الحكنى لان ذلك حقها وقد اقرت بسقوط حقها وينبغي على قول هؤلاء ان لا يحل الزوج بالاخت او اربع سواها ما لم تنقض العدة من وقت الافرار وحكي عن الشيخ الامام ابي الحسن السعدي رحمه الله انه كان يقول ما ذكره محمد رحمه الله في الاصل ان العدة تعتبر من

(كتاب الطلاق باب العدة)

لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداءً من وقت وجود السبب

كرجل ثبت عليه ديون مؤجلة لاناس فتنتضي بمدة واحدة وهذا لان التأجيل لتأخير ما كان يجب عند مضيه كما لمطالبة في الدين ثم الثابت بمضي الاجل هنا حل النكاح والخروج والتزني فكان الثابت تأخير الحل الذي يثبت بمضيه وهو حرمة هذه الافعال فكان الركن حرمة هذه الافعال والآجال فان كثرت يتصور اجتماعها في العدم ولهذا وجبت بلا علم ويتأدى بلا قصد واختيار ولو كان الركن هو الفعل لما وجب بلا علم ولم يتأدى بلا قصد واختيار الا ترى ان الله تعالى قال ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله نهى عن التزوج في العدة والثابت بالنهي حرمة الفعل لا وجوب الفعل بخلاف الصوم لان الواجب ثم الفعل لانه امر بالصوم لقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل والواجب بالامر بالفعل فان قيل الله تعالى قال والمطلقات يتربصن اي يكففن والكف فعل وهو اخبار في معنى الامر لما مر وقال فعدتهن ثلثة اشهر امرها لا اعتداد بالاشهر والاعتداد فعل قلنا المراد بالتربص الانتظار لا الكف يقال فلان يتربص قدوم فلان اي ينتظروا الانتظار يكون بسبب الاجل ولا تضايق في الانتظار كشهرا واحدا ينتظر فيه حلول ديون وكبوم واحدا ينتظر فيه قدوم اناس وامافي الآية الثانية امرها لا اعتداد بل المذكور هو العدة وهي مدة حرمة هذه الافعال والمحرمات تجتمع فان الصيد حرام على المحرم في المحرم بالا حرام والخمر حرام على الصائم لهيومه واكونه خمرا وحلفه ان حلف لا يشربها ومعنى العبادة تابع الا ترى ان عدتها تنقضي وان لم تكف نفسها عن الخروج ولا ينصو اداء العبادة بدون ركنها ولان المقصود تعرف براءة الرحم وهو حاصل بالعدة الواحدة فتد اخلنا وانما لم يكف بحبيضة واحدة وان حصل تعرف الفراغ بها لان الواحدة للتعرف والثانية لحرمة البكاح والثالثة لفضيلة البحرية ولو اكنفينا بالواحدة لم تحصل هذه المقاصد .

قوله لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة وقد نص في الاسرار ان سبب وجوب العدة

باب ذلك القبض من القبض المستحق في هذا النكاح كما لغاصب يشترى
المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد

العدة الاترى انه لا يجوز ان تزوجها وانما لم يظهر حكم العدة في حق المانع وهو ملك اليمين
فاذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه ايضا فوجبت حیضتان لفهاده النكاح وهما معتبران
من الاعتاق ايضا ويلزمها الاحداد واما الثالثة فانها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها
الا حداد كذا في الايضاح .

قوله باب ذلك القبض وهذا الان الاصل ان القبض المضمون ينوب عن القبض
المضمون فاذا جد النكاح ينوب ذلك القبض عن القبض المستحق بالنكاح
الثاني كالمغاصب اذا اشترى المغصوب ينوب قبضه عن القبض المستحق بالعقد فيكون
الطلاق بعد القبض المستحق بالعقد الثاني يوجب كمال المهر والعدة فان قيل القبض فعل
دائم فانما يصير قابضا باستمرار القبض بعد الشراء الان ينوب قبض الغصب عن قبض الشراء
قلنا الجواب من وجهين الاول اما يعرض الكلام فيما اذا لم يبق المغصوب بعد الشراء بان
غصبه آخر من يده فالمغاصب الاول لو اشتراه من مالك يصير قابضا بمجرد الشراء والثاني ان
استدامة القبض لا معتبر به في افادة القبض بدليل ان قبض الامانة لا ينوب عن قبض
الشراء ولو كان استدامة القبض معتبرا في حق القبض بالشراء وجب ان يصير المودع قابضا
بالشراء كما لغاصب ولا يتفاوت الحكم بين ان يكون المشتري غاصبا او مودعا
قوله المغصوب الذي في يده اي لم يرده الى المالك ولا يشترط ان يكون في يده وقت
الشراء لانه ما لم يرده الى المغصوب منه كانه في يده ولهذا لو اشترى وهو في
يد آخر قائم يصير قابضا بالشراء

ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطى لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره واذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين لانها امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع واذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقلة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه نصف المهر وعليها تمام العدة الاولى لان هذا طلاق قبل الميسر فلا يوجب كمال المهر ولا استيناف العدة واكمال العدة الاولى انما يجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها ولهما انهما مقبوضه في يده حقيقة بالوطئة الاولى وبقي اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضه

وقت الطلاق محمول على ما اذا كانا متفرقين من الوقت الذي اسند الطلاق اليه اما اذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامها ظاهر فلا يصدقان في الاسناد .

قوله ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام الوطى لان الوطى امر خفي ولا وقوف لغيرهما عليه والحاجة ماسة الى معرفة الحكم في حق غير الوطى وهو من يريدان يتزوجا بعد انقضاء العدة فلا بد من اقامة الامر الظاهر مقامه لبدار الحكم عليه كما في الاخبار عن المحبة والمحيط وكما في السفر فامنا التمكن مقامه تيسرا بخلاف المشاركة والعزم على ترك الوطى والاخبار بعزمه والمشاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا يكون الا ان يقول تركتك او خليت سبيلك ولا يكون بعدم مجيء احدهما الى صاحبه **قوله** فتحلف كالمودع اي اذا ادعى المودع رد الوديعه او هلاكها يحلف ان لم تكن لدينه **قوله** كما لو اشترى ام ولده اي منكوحة النبي ولدت منه ثم اعتقها فيجب عليها ثلث حيض حبضان من النكاح فيهما ما يجنب المنكوحة من الخروج والبروز والنزير وحبضة من العتق لا يجنب فيها لانه لما اشترى افسد النكاح ووجبت

فصل

قال وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تتحد على ميت فوق ثلاثة ايام الاعلى زوجها اربعة اشهر وعشرا وما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لاحداد عليها لانه وجب اظهار النأسف على فوت زوج وفي بعدها الى مساته وقد اوحشها بالابانة فلا تأسف بفوته ولنا ما روي ان النبي عليه السلام نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب

ولاجناح عليكم ان تنكحوهن فقد اباح لنا نكاح المهاجرة بنفس الهجرة فمن قال لا يحل ما لم تحض ثلث حيض بعد الهجرة فقد زاد على النص ثم وضع المسئلة في المهاجرة المسلمة والحكم في الذمية كذا ذكره الامام التمر تاشي رحمه الله خرج احد الزوجين اليها مسلما او ذميا او مستأمنا ثم اسلم او صار ذميا والاخر على حربه ثم فقد زالت الزوجية ثم ان كانت المرأة هي الخارجة فلا عدة عليها وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله عليها العدة ولا نفقة لها وان كان الخارج هو الرجل فله ان يتزوج اربعا سواها وفيهن اختها والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل

قوله وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تتحد على ميت فوق ثلاثة ايام الاعلى زوجها اربعة اشهر وعشرا التمسك بالحديث في ايجاب الاحداد مشكل لان مقتضاها احوال الاحداد للمتوفى عنها زوجها لانه استثناء من التحريم والاستثناء من التحريم

فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول وقال زفر ررح لاعدة عليها اصلان الاول قد سقطت
 بالنزوح فلا تعود الثانية لم تجب وجوابه ما قلنا واذا طلق الذمي الذمية فلاعدة عليها
 وكذا اذا خرجت الحربية اليها مسلمة فان تزوجت جازا لان تكون حاملا وهذا كله
 عند ابي حنيفة ررح وقال عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف
 في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول ابي حنيفة ررح فيما اذا كان معتقدهم
 انه لاعدة عليها واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة
 فكذلك بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى
 لا جناح عليكم ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي
 ملحق بالجماد حتى كان محلا للملك الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولد اثابت النسب
 وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجوز نكاحها ولا يطاقها كالحبلى من الزنا والاول اصح *

قوله فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول لا يقال لو كان هذا طلاقا بعد الدخول لما وقعت
 البينونة بصريح الطلاق بعد النكاح الثاني كما لا تقع البينونة فيما اذا وجد الوطى حقيقة
 بعد النكاح لانا نقول انما جعلنا هذا طلاقا بعد الدخول في حق تكميل المهر والعدة
 لافي حق جميع الاحكام كما ان الخلوة الصحيحة قائمة مقام الدخول في حق تكميل المهر
 وجوب العدة لافي حق جميع الاحكام حتى ان صريح الطلاق بينهما بعد الخلوة الصحيحة
 وكذلك ان كان النكاح الاول فاسدا وكان دخل بها بشبهة ثم تزوجها نكاحا صحيحا
 في العدة وان كان النكاح الاول صحيحا والثاني فاسدا ففرق بينهما قبل الدخول لا يجب
 المهر بالاتفاق **قوله** واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر نحو
 الموت ومطوعة ابن الزوج **قوله** بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها اي في دار الحرب
 لا تجب عليها العدة بالاتفاق لعدم تبليغ الخطاب لانها في دار الحرب **قوله** وله قوله تعالى

وكذا البس الحر إذا احتاجت إليه لعذر لا بأس به ولا تختضب بالحناء لما روينا
ولا تلبث ثوبا مصبوغا بعصفر ولا زعفران لانه تفوح منه رائحة الطيب
قال ولا حداد على كافر لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب
موضوع عنها وعلى الامة الاحداد لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال
حق المولى بخلاف المانع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته
قال وليس في عدة ام الولد ولا في عدة النكاح الفاسد احداد لانها ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف

فصدوا انه لم يشرع قصدا ولهذا لم يشرع لفوات الاب مع انه مسبب لوجودها وحيوتها
لعدم العدة فان قيل كيف يجوز اظهار التأسف وقد قال الله تعالى لكيلا تأسوا على
ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم قلنا المراد بها الفرح مع الصباح والاسى مع الصباح كذا عن
ابن مسعود رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم وعلى
المختلعة الحداد لان وجوبه يدور مع فوت نعمة النكاح وقد فاتت وان طلبت الخلاص
منه حيث افتدت نفسها بالمال .

قوله وكذا البس الحر إذا احتاجت إليه بان كانت بها حكة **قوله** ولا حداد على كافر العدة
لا يجب على خمس نسوة المطلقة طلاقا رجعا والمعتدة عن نكاح فاسد والكنابية والصبية وام الولد
اذا اعتقت **قوله** لان الخطاب موضوع عنها ولا يلزم على هذا وجوب العدة على الصغيرة لانها
لا تخاطب بها لكن يخاطب الولي بان لا يزوجه حتى تنقضي عدتها على ان العدة مجرد
مضي المدة ثبوتها في حقها لا يؤدي الى توجه خطاب الشرع بخلاف الحداد فان قيل وجب
ان يؤمر وليها بالمنع عن الخروج كما يؤمر بمنعها عن محرمات الشرع قلنا في امر الولي بالمنع
عن الخروج وترك الزينة لا يحصل المقصود وهو اظهار التأسف لان الصغيرة لا تأسف
لها بخلاف المانع من محرمات الشرع لانه اشتمل على المقصود وهو الاجتناب عن القبيح

(كتاب الطلاق ... باب العدة ... فصل)

ولانه يجب اظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان ان تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغيرا مطيب الامن عذرو في الجامع الصغير الامن وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرنا من اظهارا للتأسف والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجنبها كيلا تصير ذريعة الى الوتوع في المحرم وقد صح ان النبي عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتمال والدهن لايعري عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه .

قال الامن عذران فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولواعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع

احلال ولا كلام فيه انما الكلام في الاستجاب والحديث لا يدل عليه واجيب بان قوله لا يحل نفيا لاحلال الاحداد ونفي احلال الاحداد نفيا الاحداد فيكون الاستثناء اثباتا للاحداد فصار التقدير لا تحدد امرأة على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها فانها تحدد عليه اربعة اشهر وعشرا وقد روي هذا الحديث في الصحيح والمبسوط لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحدد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها فانها تحدد عليه اربعة اشهر وعشرا ووجه التمسك به على هذا الوجه ظاهر فانه اخبار عن احدادها والاخبار في اقتضاء الفعل أكد من الامر على ما عرف فيكون الاحداد واجبا .

قوله لانه يجب اظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح فان قيل لو شرع الحداد لفوات نعمة النكاح لوجب على الزوج كما وجب على الزوجة لان نعمة الزوجية مشتركة بينهما قلنا الحداد ماوجب الاتباع للعدة وهي عليها لانه فلو وجب الحداد عليه لوجب

حتى لو اختلفت على نفقة مدتها قيل انها تخرج نهار او قيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها وعلى المعدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو البيت الذي تسكنه ولهذا لو زارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه قال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فاخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعد زوال العبادات توثوقها الا عذار وصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل او كانت فيها باجراً ولا تجد ما يؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن او ثلث لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس بتركها لانه معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقاً يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج مما انتقلت اليه

قوله حتى لو اختلفت على نفقة مدتها قيل انها تخرج نهار او لو اختلفت على ان لا سكنى لها فان مؤنة السكنى تبطل عن الزوج ويلزمها ان تكتري بيت الزوج فاما ان يحل لها الخروج فلا وعن محمد رحمه الله انه قال المتوفى عنها زوجها لا بأس ان تغيب عن بيتها اقل من نصف الليل **قوله** ولهذا لو زارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها اي من غير تأخير وكذا لو كان معها زوجها **قوله** ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن او ثلث لا بد من سترة بينهما يعني اذا لم يكن للزوج الا بيت واحد وكذا هذا في الوفات اذا كان من ورثته من ليس بمحرم لها كذا في المبسوط **قوله** ثم لا بأس اي بالمساكنة بعد اتخاذ السترة

والإباحة اصل ولا ينبغي ان تخطب المعتدة : ولا باس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لاتواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا قال عليه السلام السر النكاح وقال ابن عباس رضي الله عنه التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه في القول المعروف اني فيك لراغب وانني اريد ان تجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبث في غير منزلها اما المطلقة فلقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لا قامت الحد واما المتوفى عنها زوجها فلا نه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يحجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها

قوله والاباحه اصل اي اباحه استعمال الطيب اصل قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده اي من الثياب وما يتحمل به والاستفهام لانكار تحريم هذه الاشياء **قوله** ولا باس بالتعريض في الخطبة ذكر في النهاية اراد به المتوفى عنها زوجها لان التعريض لا يجوز للمطلقة لانه لا يجوز لها الخروج من منزلها اصلا فلا يتمكن من التعريض لها على وجه يخفى على الناس فاما المتوفى عنها زوجها فيباح لها الخروج نهارا فيمكنه التعريض لها على وجه لا يقف على سواها كذا في شرح التأويلات والتعريض ان يذكر شيئا يدل به على شيء لم يذكره **قوله** ولكن لاتواعدوهن سرا اي فاذا كروهن واكنه لا تواعدوهن سرا اي وطنا لانه مما يصر الا ان تقولوا قولا معروفا وهوان تعرضوا ولا تصرحو والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن اي لاتواعدوهن مواعدة قط الامواعدة معروفة كذا في الكشاف .

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لسنة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلا ينشأ لانها لما جاءت بالولد لسنة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت

باب ثبوت النسب

قوله فولدت ولدا لسنة اشهر اي من غير زيادة ولا نقصان لانها اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من حين تزوجها لا يثبت النسب لان علوق هذا الولد كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر لا يثبت النسب ايضا لانه حين طلق حكمنا انه لاعدة عليها لانها مطلقة قبل الدخول والخلوة ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم لاحتمال انه علق من زوج آخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لسنة اشهر من وقت الزوج لانها لما جاءت به لسنة اشهر من وقت الطلاق فجعلنا بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق فجعلنا العلوق منه احتياطاً لامر النسب اذ لو جعلنا هذا من علوق قبل النكاح كان فيه اضرار الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر واحالة الولد الى ابعد الاوقات وذلك لا يجوز والمراد من قوله يوم تزوجها حين تزوجها **قوله** فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق لان الزوج شرط الطلاق والمفروض يعقب الشرط بزمان وان لطف

(كتاب الطلاق ... باب العدة ... فصل)

والاولى ان يخرج هو ويتركها وان جعل بينهما امرأة ثقة تقدر على الحمل والولادة
فحصن وان ضاق عليهما المنزل فتخرج والاولى خروجه •

قال واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلثا او مات عنها في غير مصر
فان كان بينهما وبين مصرها اقل من ثلاثة ايام رجعت الى مصرها لانه ليس بابتداء الخروج
معنى بل هو بناء وان كانت مسيرة ثلثة ايام ان شاءت رجعت وان شاءت مضت سواء كان
معها ولي او لم يكن معناه اذا كان الى المقصد ثلثة ايام ايضا لان المكث في ذلك المكان اخوف
عليها من الخروج الا ان الرجوع الى ولي يكون الا عندئذ في منزل الزوج •

قال الا ان يكون طلقها او مات عنها زوجها في مصر فانها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج
ان كان لها محرم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمه الله
ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لهما ان نفس الخروج مباح
دفعاً لازماً الى الغربة او وحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وندارتفت بالمحرم
وله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم فان للمرأة ان تخرج الى ما دون السفر
بغير محرم وليس للمعدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم نفى
العدة الاولى والله تعالى اعلم بالصواب •

قوله والاولى ان يخرج هو ويتركها لان مكثها في منزل الزوج واجب
ومكثه فيه ليس بواجب فكان انتقاله الى واذا انتقلت كان تعيين الموضع
الذي ليس تنتقل اليه الى الزوج وفي الوفاة تعيينه اليها **قوله** في غير مصري
في منازة **قوله** فان كان بينهما وبين مصرها اقل من ثلاثة ايام رجعت الى مصرها
اي سفر كان المقصد او دونه **قوله** الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر
المصري ليس بشرط وكذا الحكم في قرية تقدر على المقام بها والله تعالى اعلم بالصواب •

وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه
لانقضاء الزمانها فيصير بالوطي مراجعا والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لافل من
سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الغراش قبل العلوق
فيثبت النسب احتياطا فان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل
حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطئها حرام .

قال الا ان يدعيه لانه التزمه وله وجه بان وطئها بشبهة في العدة فان كانت المبتوتة
صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم تلزمه حتى تأتي به لافل من تسعة اشهر
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يثبت النسب منه الى سنتين
لانها معدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقربا نقضاء العدة فاشبهت الكبيرة
ولهما ان لا نقضاء عدتها جهة متعينة وهو الا شهر

قوله وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه
لانقضاء الزمانها فان قيل يحمل على انها تزوجت بزواج آخر بعد انقضاء العدة قلنا الحكم بابقاء
النكاح الاول عند الاحتمال اسهل من الحكم بانشاء نكاح آخر فنجب القول به **قوله** فان جاءت
به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت فان قيل ما ذكرتم من التصوير في اول الباب موجود
ههنا بان خالطها فطلقها فوافق الانزال الطلاق مع ان اول الفعل هنا وقع في الملك
قلنا ما ذكرنا من الاحتمال وتصوير طريق متعين لحمل امرها على الصلاح لانه لو لم يثبت
النسب من الزوج فلا بد ان يحمل على انه من زوج آخر قبله لانه لاصلاح في ان يحمل
انه من الزنا واذا حمل انه من زوج آخر قبله يكون هذا النكاح فاسدا لانها تكون حينئذ
منكوحة او معدة وفي الوجهين حمل امرها على الفساد بخلاف المبتوتة لانه يحتمل
انها انقضت عدتها وتزوجت بزواج آخر لكنه لم يظهر ذلك ولا فساد فيه فيحمل عليه

بان تزوجها وهو بخاطرها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل وطئا حكما فتأكد المهر به ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به سنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهرو ان جاءت به لاقبل من سنتين بانفس زوجها بانقضاء العدة وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة فلا يصير مرا جعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مرا جعا بالشك

قوله بان تزوجها وهو بخاطرها خالط امرأة فدخل عليها الرجال فتزوجها وهو بخاطرها والد اخلون يسمعون كلامهما فوافق الانزال النكاح فيكون العلوق حاصل قبل زوال الفراش ضرورة لان الطلاق لا يقع الا بعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون بعد الطلاق او معه وعليه المهر وفي القياس وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله مهر ونصف مهر اما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر فبالدخول وذكر الامام التمر تاشي رحمه الله عن نصير رحمه الله تروج امرأة في حال ما يطأها فعليه مهران مهر بالنزنا لانه سقط الحد حين تزوجها قبل تمامه ومهر بالنكاح لان هذا اكثر من الخلوة وفي المنتقى لا يكون به محصنا وفي شرح ابي اليسير ان تزوجت فلانة فهي طالق ثلثا فتزوجها ودخل بها ينبغي ان لا يجب عليهما الحد ويجب المهر وقالوا يجب عليهما وفي جمع النسفي لوجاءت بولد فانه يرثه وهو منصوص عن اصحابنا رحمهم الله وان حرمت عليه بالثلث فلم يبق نكاح ولا عدة ولكن لما كان فصلا مجتهدا فيه لم ينقطع النسب **قوله** فلا يصير مرا جعا بالشك فان قيل ينبغي ان يصير مرا جعا لان الطلاق الرجعي لا يحرم الوطى والاصل في الاحداث ان يضاف الى اقرب الاوقات قلنا لرجعة بالفعل خلاف السنة وكما لا يظن بالعاقلة المسلم الاقدام على الحرام لا يظن به الاقدام على خلاف السنة

واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان إلا أن يكون هناك حبل ظاهرا أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بغير شهادته وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة لأن الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة إلى تعيين الولد فينعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمهت الحاجة إلى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما إذا كان ظهر الحبل أو صدر الاعتراف من الزوج لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها

له من حق النسب فيرد قلنا يجوز إبطال حق الغير بقول الأمين إذا لم يصر مكذبا كما لو خبرت بمضي العدة بالحيض فأنها تصدق وإن تضمن إبطال حق الزوج في الرجعة .

قوله وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان سواء كانت المعتدة هذه مطلقة طلاقا رجعيا أو مبتوتة أو منوفى عنها زوجها ولا يقضى بشهادة القابلة إلا إذا كان الزوج قد اقرب بالحبل أو كان الحبل ظاهرا وعندهما يقضى بشهادة القابلة إذا كانت مسلمة حرة عدلة ولا يقال كيف تقبل شهادة الرجال ههنا ولا يحل لهم النظر إلى العورة لأننا نقول أنهم لا يقولون لعمدنا النظر وإنما وقع ذلك اتفاقا وقد خلت المرأة بين يدي الشهود بينا بعد ما علموا أنه ليس فيه غير هائم خرجت مع الولد فيعلمون أنها ولدت ثم عند الحاجة إلى أن تحمل الشهادة يباح النظر للرجال كما في الشهادة على الزنا والحاجة تتحقق إذا لم يكن هناك مؤيد

فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والافرار يحتمله وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعندنا يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطنا في آخر العدة وهي الثلاثة الاشهر ثم تأتي به لاكثر مدة الحمل وهي ثنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحمل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان باقرارها يحكم ببلوغها ويثبت نسب واد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين وقال زفر رحمه الله تعالى اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا اقربت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها ليست بمحمل قبل البلوغ وفيه شك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لا فل من ستة اشهر يثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فبطل الافرار وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت لاننا لم نعلم ببطلان الافرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ باطلا فانه يتناول كل معتدة

قوله فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء ولا يقال في هذا قطع النسب لانا نقول النسب لا ينقطع بالشك اذا وجد سبب النسب وفيما قلتم جعل ما ليس بحسب سببا بالشك لان النكاح في الصغيرة ما كان سببا قبل البلوغ لعدم ماء المرأة وانما يصير سببا بعد البلوغ فلا يجعل سببا بالشك **قوله** واذا اعترفت المعتدة يريد اي معتدة كانت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لا فل من ستة اشهر اي من وقت الافرار يثبت نسبه وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت فان قيل فيه حمل امرها على الزنا قلنا نحمله على نكاح صحيح مبتدء لم يظهر لنا فان قيل هذا اقرار يتضمن ابطال حق الولد لما فيه من ابطال ما يثبت

فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هي منذ ستة اشهر فالقول قولها وهو ابنه لان الظاهر شاهدان فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من مفاح ولم يذكر الا استحلاف

ان لا يجب لان شهادة النساء غير معتبرة في الحدود فاجاب عنه بان القاذف نفى نصب الولد والنسب لم يثبت بشهادة القابلة بل يثبت بالفراش القائم وشهادة المرأة انما كانت لتعيين الولد واللعان وجب بالقذف وليس من ضرورة اللعان وجود الولد لان اللعان يتصور بدون الولد بان قذف منكوحته بالزنا فلم يكن لشهادة القابلة اثر لاني تبوت النسب ولا في وجوب اللعان لان ثبوت النسب بالفراش ووجوب اللعان بالقذف وهو قوله ليس مني ولا اتصال له بالولد ونظيره هذا ما اذا ثبتت الرخصة بشهادة الفرد ثم افطر انسان بعد ذلك متعمدا وجبت الكفارة عليه والكفارة في الافطار تجري مجرى

الحد حيث يندري بالشبهات •

قوله فان ولدت ثم اختلفا الى قوله لان الظاهر شاهدان قيل الظاهر شاهدان لان الحوادث تضاف الى اقرب الاوقات وجود او النكاح حادث قلنا النسب مما يحتاط فيه فمتى تعارض الظاهران وجب اثباته الا ترى ان النسب يثبت بالايماء وسائر التصرفات لا يثبت به اذا كان الايماء من الناطق فان قيل وجب ان يحرم لان هذا اقرار منه بتزوجه اياها وهي حبلى وصار هذا كما اذا ادعى انه تزوجه بغير شهود قلنا الفرق بينهما من وجهين احدهما ان النكاح بغير شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبلى ليس بفاسد لا محالة لجواز انها حبلى من الزنا والثاني انه وان اقر بالحرمة الا ان الشرع كذبه في ذلك حيث اثبت النسب منه والاقرار اذا قبله تكذيب من جهة القاضي يبطل كذا في الفوائد الطهريّة •

فان كانت معددة عن وفات فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظ الشهادة وقيل لا تشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لا قل من ستة اشهر من ذيوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه وان جاءت به لسته اشهر فصا عدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج او سكنت لان الفراش قائم والمدة تامة فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلا عن لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه

قوله فان كانت معددة عن وفات فصدقها الورثة ومعنى التصديق هو ان يقر جميع الورثة فيشاركهم باقرارهم واقربه جماعة بقطع الحكم بشهادتهم فان صدقها رجلان منهم او رجل وامرأتان منهم فوجب الحكم باثبات نسبه حتى يشارك المصدقين والمنكرين وهذا معنى قوله بان كانوا من اهل الشهادة ثم قيل يشترط لفظ الشهادة في مجلس القضاء لان النسب لا يثبت في حق الناس كافة الا بلفظ الشهادة لان الحجة المتعددة هي الشهادة وقيل لا يشترط لعدم المنازعة لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما ثبت بناء لا يراعى فيه الشرائط كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان في حق الائمة ووقف المنقول بناء على وقف العقار **قوله** لان النسب يثبت بالفراش القائم والمعان انما يجب بالقذف هذا جواب سؤال يرد على قوله حتى لو نفاه الزوج يلا عن وهو ان يقال ان ثبوت المعان بناء على شهادة القابلة واللعان قائم مقام الحد فينبغي

ولو بطل مغزل واقفه ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله
 في عامين فبقي للحبل ستة اشهر والشافعي رحمه الله تعالى عليه يقدر الاكثر
 باربعة سنين والحجة عليه ما روينا والظاهر انها فالتة سماعا ذالعقل لايهتدي اليه
 ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد اقل من ستة اشهر من ذيوم اشتراها لزمه
 والا لم يلزمه لانه في الوجه الاول ولد المعنونة فان العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني
 ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعواه وهذا اذا كان الطلاق
 واحدا باثنا او خلع او رجعا اما اذا كان اثنين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق
 لانها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء

قوله ولو بطل مغزل اي بقدر ظل مغزل حال الدوران لان ظل المغزل
 حالة الدوران ان اسرع زوالا من سائر الظلال والغرض تقليل المدة
 وفي بعض الكتب ولو بفلكة مغزل ذكر في المغرب هذا على حذف
 المضاف وقد جاء صريحا في شرح الارشاد ولو بدو رفلكة مغزل وهو مثل في
 الدوران والغرض تقليل المدة وبقاء الولد في بطن امة اكثر من سنتين في
 غاية الندرة فلا يجوز بناء الحكم عليه مع انه لا اصل لما يحكى في هذا الباب فان
 الضحاك ما كان يعرف ذلك من نفسه وكذلك غيره لان ما في الرحم لا يعرفه الا الله تعالى
قوله ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها اي طلقها بعد الدخول اذ لو كان قبل الدخول
 بها لا يلزمه الولد الا ان يجيء به لاقل من ستة اشهر من ذفارقتها **قوله** لانها لا تحل بالشراء
 فان قيل وجب ان تحل لاطلاق قوله تعالى او ما ملكت ايمانهم قلنا وجب ان لا تحل لقوله
 تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والطلقة الثانية في الاماء بمنزلة
 الثالثة في الحراتر والمحررم اولى بالاعتبار

وهو على الاختلاف وان قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فشهدت امرأته على الولادة
 لم تطلق عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تطلق
 لان شهادتها حجة في ذلك قال صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع
 الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت على الولادة تقبل فيما يبني عليها وهو الطلاق
 ولا يبي حنيفة رحمه الله انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن
 ضرورة في الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان الزوج قد افر
 بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تشترط شهادة القابلة
 لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا ولا يبي حنيفة رح ان الاقرار
 بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة
 قال واكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضى عنها الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين

قوله وهو على الاختلاف اي على الاختلاف المذكور في الاشياء الستة لانه اختلاف
 في النسب او في النكاح **قوله** لانه ينفك عنها اي الطلاق ينفك عن الولادة في الجملة
 وان صار من اواز مهانها وصار كمن اشترى لجمان شهد مسلم عدل انه ذبيحة مجوسي قبلت
 شهادته في حق حرمة الاكل ولا يثبت كون الذابح مجوسيا في حق الرجوع على البائع
 بشهادة الواحد **قوله** ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه
 وهو الولادة لان الولد الكائن في الرحم لا يخلو عن الخروج لامحالة حيا وميتا فالتعليق
 بالولادة بعد الاقرار بالحبل تعليق بامركائن لامحالة فتقبل قولها فيه كما اذا علق طلاقها
 بالحيض بل اولى لان الولد الكائن في الرحم يولد لامحالة واما الحيض فبناء
 على العادة **قوله** واكثر مدة الحمل سنتان وقال الشافعي رحمه الله اربع سنين
 لان الضحاك ولدته امه لاربعة سنين بغد ما نبتت ثنيثا وهو يضحك فسمي ضحاك

باب الولد من احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال صلى الله عليه وسلم انت احق به مالم تتزوجي ولان الام اشفق واقد ر على الحضانة فكان الدفع اليها انظروا اليه اشار الصديق رضي الله عنه ريقها خبير له من شهد وعسل عندك يا عمر قال حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون والنفقة على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام عليه لانها عست تعجز عن الحضانة فان لم تكن له ام فام الام اولى وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فان لم تكن ام الام فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة للاولاد فان لم تكن له جدة فالأخوات اولى من العمات والخالات لان هن بنات الابوين ولهذا قد من في الميراث

باب الولد من احق به

قوله واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد ولا تجبر عليه اي على اخذ الولد اذا ابت اولم تطلب الا ان لا يكون للمولد ذور رحم محرم سوى الام فحينئذ تجبر الام على حضانته كيلا يفوت حق الولد اصلا لانه لا شفقة للأجنبية اصلا كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله وذكر الامام الترمذاني رحمه الله ولا تجبر الام على الحضانة لانها عست لا تقدر واختيار ابي الليث والهندواني رحمهما الله تعالى انها تجبر لان ذلك حق الولد وان امتنع الاب عن اخذ الولد بعد استغنائه من الام تجبر لان نفقته وصيانته عليه **قوله** فان لم تكن له ام اي ماتت او تزوجت اجنبيا فام الام اولى من ام الاب لان هذه الولاية تستفاد من قبل

ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهي ام ولده لان الحاجة الى تعيين الولد وثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت انا امرأته فهي امرأته وهو ابنه ترثانه وفي النواذر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطى عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة وأولم يعلم بانها حرة فقالت الورثة انت ام ولد فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لاني استحقاق الارث والله تعالى اعلم بالصواب *

قوله ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهي ام ولده هذا اذا ولدت لائل من ستة اشهر من وقت الاقرار فان ولدت لسته اشهر فصاعد الا يلزمه لاحتمال انها حبلى بعد قول المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الفصل الاول لتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الاقرار وانما يثبت النسب لقيام الفراش بقوله ان كان في بطنها ولد فهو مني والحاجة الى تعيين الولد وذا ثبت بشهادة القابلة اجماعا **قوله** فهي امرأته وهو ابنه ترثانه فان قيل ينبغي ان لا ترث المرأة لما ان هذا النكاح ثابت بطريق الاقتضاء ثبت بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون الارث فلما النكاح على ما هو الاصل ليس بمتنوع من نكاح وهو سبب الاستحقاق الارث ونكاح هو ليس بحسب له فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ما هو من لوازمه النبي لا تنفك عنه شرعا بطريق الاصل بخلاف نكاح الكتابية والامة لانه من العوارض لا من الاصول فلا يرد نقضا والله تعالى اعلم بالصواب *

فأولهم اقربهم تعصبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع
الى عصبة غير محرم كمولي العتاقة وابن العم تحرر زامن الفتنة والام والسجدة احق بالغلام
حتى يأكل وحدة ويشرب وحدة ويلبس وحدة ويستنجي وحدة وفي الجامع الصغير
حتى يستغني فبأكل وحدة ويشرب وحدة ويلبس وحدة والمعنى واحد لان تمام الاستغناء
بالقدرة على الاستنجاء وجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التأديب والتخلق بأداب الرجال
واخلاقهم والاب اقدر على التأديب والتثقيف والخصاف رحمه الله قدر الاستغناء بسبع سنين

بعد الاخ لاخت لا بـ الى بنت الاخ لا بـ وام ثم الى بنت الاخ لا بـ لام ثم الى الخالة
وبنات الاخ لا بـ اولي من بنات الاخ لان بنت الاخ لا بـ تدلي بمن له حق الحضنة
واما بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات فبمغزل من حق الحضنة لان
قرابنهن لم تتأكد بالمحرمة .

قوله فأولهم اقربهم تعصبا واذا اجتمع اخوة لا بـ وام فافضلهم صلاحا وورعا
احق به لان ضمه الى اقرب العصبات لمنفعة الولد ولهذا قدم الاقرب وضمه الى ابيهم
صلاحا انفع للولد لانه يتخلق باخلاقه وان كانوا في ذلك موافق فأكبرهم احق لقوله
عليه السلام الاكبر الاكبر **قوله** غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم وذكر الامام
الترمذي رحمه الله فان لم يكن احد من العصبة تدفع الى الاخ لام عند ابي حنيفة رحمه الله
ثم الى ذوى الارحام الاقرب فالاقرب وقال محمد رحمه الله لاحق لذكر من قبل النساء
والندبير للقاضي يدفع الى ثقة يحضنه حتى يستغني وعنه انه يثبت لهم الحق ولاحق
لغير المحرم في حضنة الجارية ولا للام التي ليست بمأمونة ولا للعصبة الفاسق على الصغير
وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله واذا لم يكن للصغير عصبة يدفع الى الاخ لام ثم
الى ولده ثم الى العم لام ثم الى الخال لا بـ وام ثم لا بـ لام لان لهؤلاء ولاية عند ابي حنيفة

وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت لاب وام لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل الام ثم الخالات اولى من العمات ترجيح القرابة الام وينزلن كما نزلنا الاخوات معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء سقط حقها لما روينا ولان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزر او ينظر اليه شزرا فلا نظر.

قال الاجدة اذا كان زوجها الاجد لانه قام مقام ابية فينظر له وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظر الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالنزوح يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان لم تكن للصبي امرأة من اهله فاختصم فيه الرجال

الامهات لان حق الحضانة بسبب الامومية وهي ام تدلي بام فهي اولى من ام الاب لانها تدلي بقرابة الاب وقرابة الام في الحضانة مقدمة على قرابة الاب وتستوي ان كانت مسلمة او كتابية او مجوسية لان حق الحضانة لها المشقة على الولد ولا يختلف ذلك باختلاف الدين فان لم تكن فام الاب اولى وقال زفر رحمه الله الاخت لاب وام اولام والخالة احق من ام الاب لانها تدلي بقرابة الاب ومن سمي بقرابة الام واستحقاق الحضانة باعتبار قرابة الام ولنا انها من الامهات حتى يجوز ميراثهن السدس ولانها او فرشفقة باعتبار الولاد فان ماتت او تزوجت او لم تكن فلاخت لاب وام ثم لام ثم لاب •

قوله وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب اعتبارا بالمدلي به فان الخالة تدلي بالام والاخت لاب تدلي بالاب والام في حق الحضانة مقدمة على الاب فكذلك من يدلي بقرابة الام يكون مقدما على من يدلي بقرابة الاب وتقدم الاخت لاب وام وعلى قول زفر رحمه الله هما مصنويان لان ثبوت هذا الحق بقرابة الام وهما سواء في ذلك ثم على الرواية الاولى يدفع

ولا خيار للغلام والجارية وقال الشافعي رحمه الله لهما الخيار لان النبي صلى الله عليه وسلم خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة رضي الله تعالى عنهم لم يخيروا وأما الحديث فقلنا قد قال عم اللهم اهده فوفق لا خيار الا نظر بدعائه عليه السلام او يحمل على ما اذا كان بالغاً .

مثل الاخوات والخالات والعمات لا يقدرن على استخدام الصغيرة وذكر في الاقضية ان تعليم الآداب انما يحصل بالاستخدام واستخدام الصغيرة لا يجلب بغير الام والجدة فلا يحصل معنى التعليم .

قوله ولا خيار للغلام والجارية وقال الشافعي رحمه الله تعالى اذا كان مميزاً يخير بين الابوين فيكون عند من يختار منهما ويستوي في هذا الغلام والجارية لما روي ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني ونفغني فقال عليه السلام هذا ابوك وهذه امك فخذ بيديهما شئت فخذ بيد امه فانطلقت به **قوله** او يحمل على ما اذا كان بالغاً فانها قالت نفغني وسقاني من بئر ابي عتبة وتلك البئر لا يستقي منها الا بالغ ثم الغلام اذ بلغ رشيداً انه ان ينفرد بالسكنى وليس للاب ان يضمه الى نفسه الا ان يكون مخوفاً عليه مفسداً واما الجارية اذا كانت بكراً فللاب ان يضمها الى نفسه وكذا الاخ والعم الا ان يكونا مفسدين فتوضع عند امرأة ثقة وان كانت ثيباً لها ان تنفرد بالسكنى وتنزل حيث شئت الا ان تكون مخوفة على نفسها فيضمها الاب اليه وان كانت البكر قد دخلت في السن واجتمع لها ربيها وعقلها واخوها وعمها مخوف عليهم انلها ان تنزل حيث شئت في مكان لا يتخوف عليها لان الضم كان لخوف الفتنة بسبب الانخداع وفرط الشبق وقد زال حين دخلت في السن واجتمع لها عقلها ورأيها والله تعالى اعلم بالصواب .

اعتبار للغالب والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك اندر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد رحمة الله تعالى عليه انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة نتحقق الحاجة الى الصيانة

قال ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حد اشتهاى وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا الاتواجرها للمخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا •

قال والامة اذا اعتقها مولاهام الولد اذا اعتقت كاحرة في حق الولد لانهما حرتان وان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الا ديان او يخاف عليه ان يألف الكفر للنظر قبل ذاك واحتمال الضرر بعده •

رحمة الله في النكاح ويدفع الذكر الى مولى العتاقة لانه آخر العصابات ولا تدفع الانثى ولو كان في الاعمام من لا يؤمن على صبي وصبية لفسقه ليس له حق الامساك •

قوله اعتبار للغالب لان الغالب ان الصبي اذا بلغ سبع سنين تستغني من الحضانة والتربية فحينئذ يستجبي وحده قال عليه السلام مروا صبيانكم بالصلوة اذا بلغوا سبعا والا مر بالصلوة لا يكون الا بعد القدرة على الطهارة **قوله** تحتاج الى معرفة آداب النساء من الغزل والطبخ وغسل الثياب وفي نوادر هشام عن محمد رحمة الله اذا بلغت حد الشهوة فالاب احق بها وذكر في غياث المفتين ان الاب ولاية اخذا لجارية اذا بلغت حد الشهوة قال والاعتماد على هذه الرواية لعماد الزمان واذا بلغت احدى عشرة سنة فقد بلغت حد الشهوة في قولهم جميعا **قوله** لانها لا يقدر على استخدامها اي سوى الام والجدة من الاقرباء

كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق أمها كالأولاد
 ووجه الأول أن الزوج في دار الغربة ليس ملتزما للمكث فيه عرفا وهذا أصح
 والحاصل أنه لا بد من الأمرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله إذا كان
 بين المصريين تماوت أما إذا تقاربا بحيث يمكن للوالدان يطالع ولده ويبيت
في بيته فلا بأس به وكذا الجواب في القرينين ولو انتقلت من قرية المصر إلى
المصر لا بأس به لأن فيه نظرا للصغير حيث يتخلق بأخلاق أهل مصر وليس فيه
ضرر بالأب وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه بأخلاق أهل الحواد فليس لها ذلك
 والله تعالى أعلم بالصواب •

بمصرها فلها ذلك في رواية الجامع الصغير وليس لها ذلك في رواية الأصل وهذا أصح
 وفي عكسه بأن أراد الانتقال إلى مصر هو ومصرها لکن لم يكن أصل العقد بها لم يكن
 لها أن ينتقل بالأولاد باتفاق الروايات كذا ذكره الإمام الكسائي رحمه الله تعالى •

قوله كما يوجب البيع التسليم في مكانه يريد به إذا كان المبيع في مكان العقد
 ذكر في الفتاوى أن من باع شعيرا أو شعبرا لقرية والمشتري يعلم ذلك بمحقق
 تسليمه في مكانه لا في مكان العقد وإن لم يعلم بذلك فهو بالخيار إن شاء
 سلمه في مكانه وإن شاء فسخ العقد ولو تعين مكان العقد لما كان للمشتري
 الخيار ذكر في شرح الطحاوي ولو أرادت الانتقال من دار السلام إلى
 دار الحرب ليس لها ذلك وإن كان أصل النكاح وقع هناك وهي حربية
 بعد أن يكون زوجها مسلما أو ذميا وإن كان كلاهما حربيين فلها ذلك
قوله ولو انتقلت من قرية المصر إلى المصر لا بأس به يريد به إذا كانت قرية من المصر
 والله تعالى أعلم بالصواب •

فصل

وإذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاصرار بالاب
الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه لانه النزم للمقام فيه عرفا وشرعا
قال عليه السلام من تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا وان ارادت الخروج
الى مصر غير وطنها فقد كان الزوج فيه اشاري الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب
الطلاق وذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد منى وجد في مكان يوجب احكامه فيه

نصل

قوله وإذا ارادت المطلقة أي بعد انقضاء العدة **قوله** من تأهل ببلدة فهو منهم أي حكمه حكمهم
حتى ان عمر رضي الله عنه لما دخل مكة اتم صلواته فقبل له خالفت السنة فقال لم اخالف
وتمسك بهذا الحديث وقال نزوجت بمكة فصرت من اهلها **قوله** ولهذا يصير الحربي
به ذميا هذا على ظاهره غير صحيح فانه ذكر في السير الكبير ان الحربي اذا دخل دارنا
بأمان فتزوج ذمبة لم يصرد مبالا لانه يمكنه ان يطلقها فرجع الى بلده فلم يكن ملتزما للمقام
وقبل لم تكن هذه الجملة في نسخة توبلت مع نسخة المصنف وقيل في بعض النسخ
وانما لا يصير الحربي به ذميا لانه يعارضه ما هو اقوى منه وهو الا نفقة من قبول
الجزية وقيل اراد الشخص الحربي وهي الحربية فانها بالتزوج تصير ذمبة
ولهذا وقع في بعض المواضع ولهذا تصير الحربية به ذمبة وقيل يرجع الضمير في به
الى التزام المقام **قوله** اشاري الكتاب أي في مختصر القدوري وهو قوله
الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه وهذا يفيد اشتراط
الوطن والتزوج فيه وان ارادت الانتقال الى مصر فيه اصل النكاح وليس

فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه أصله إلقاصي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لا تصل فيها مستوي فيها المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما جميعا قال رضي الله عنه وهذا اختيار الخصاص رح وعليه الفتوى وتفسيره انهما اذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وقال الكرخي رحمه الله يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ووجه الاول قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة ابي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقة فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تنفقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة ونحن نقول بموجب النص انه يخاطب بقدر وسعته

قوله فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه ولا يرد على هذا الكل الرهن فانه وان كان محبوسا بحق مقصود للمرتهن وهو الاشتياق وان يكون احق به من سائر العرماء فكان تجب نفقته على المرتهن لكن يحصل مقصوده ايضا وهو ان يكون مؤيادا به عند الهلاك **قوله** ويعتبر في ذلك حالهما الى قوله وفوق نفقة المعسرات فاذا كان الزوج موسرا مفرط اليسار نحو ان يأكل الحلواء والحمل المشوي والباجات والمرأة فقيرة بان كانت تأكل في بيتها خبز الشعير يطعمها فيما بين ذلك حبرا لبر وباجة او باجنين وكذلك ان كانت موسرة والزوج معسر وقال الكرخي رحمه الله وهو ظاهر الرواية يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ووجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة ابي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها والنص يقتضي اعتبار حاله فيعتبر حالهما عملا بهما وكل جواب مرفته في النفقة من اعتبار حاله او حالهما فهو الجواب في الكسوة.

باب النفقات

النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها في منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والاصل في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث حجة الوداع ولهن المثل لكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس

باب النفقات

قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها في منزله قال بعض المتأخرين اذا لم تزف الى بيت زوجها لا تستحق النفقة وهو رواية عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه وذكري المبعوط وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد تجب لها النفقة وان لم تنتقل الى بيت زوجها والفتوى على ظاهر الرواية وذكري المحيط والايضاح واذا تزوج امرأة فطلبت النفقة قبل ان يحولها الى منزله فلها النفقة اذا لم يطالبها الزوج بالنفقة لان النفقة حقها والانتقال حقها فاذا لم يطالبها به فقد ترك حقها وهذا لا يوجب بطلان حقها وان طالبها الزوج بالنفقة فان لم تمتنع عن الانتقال الى بيت زوجها فلها النفقة ايضا واما اذا امتنعت عن الانتقال ان كان الامتناع بحق بان امتنعت ليمتنع في مهرها فلها النفقة واما اذا كان الامتناع بغير حق بان كان اذها المهر او كان المهر مؤجلا او وهبته منه فلا نفقة لها

وَلَنَا ان المهر مَوْضُوعٌ مِنَ الْمَلِكِ وَلَا يَجْتَمِعُ الْعَوَاضَانِ عَنْ مَعْوُضٍ وَاحِدٍ فَلَهَا الْمَهْرُ دُونَ النِّفْقَةِ
 وَان كَانَ الزَّوْجُ صَغِيرًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الرِّبَاطِ وَهِيَ كَبِيرَةٌ فَلَهَا النِّفْقَةُ مِنْ مَالِهِ
 لِأَنَّ التَّمْلِيمَ قَدْ تَحَقَّقَ مِنْهَا وَأَمَّا الْعَجُزُ مِنْ قَبْلِهِ فَصَارَ كَالْمُحِبُّوبِ وَالْفَتَى وَإِذَا احْبَبَتِ الْمَرْأَةُ
 فِي دِينٍ فَلَا نِفْقَةَ لَهَا لِأَنَّ فَوْتَ الْإِحْتِسَابِ مِنْهَا بِالْمَاطِلَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْهَا بَيِّنٌ كَانَتْ حَاجِزَةً
 فَلَيْسَ مِنْهُ وَكَذَا إِذَا غَضِبَهَا رَجُلٌ كَرَّمَا فَذَهَبَ بِهَا وَمِنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ لَهَا
 النِّفْقَةَ وَالْفَتْوَى عَلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ فَوْتَ الْإِحْتِسَابِ لَيْسَ مِنْهُ لِيَجْعَلَ بِأَيِّ تَقْدِيرٍ وَكَذَا إِذَا
 حَبِطَتْ مَعَ مُحْرَمٍ لِأَنَّ فَوْتَ الْإِحْتِسَابِ مِنْهَا وَمِنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ لَهَا النِّفْقَةَ لِأَنَّ
 إِقَامَةَ الْفَرْضِ عَذْرٌ وَلَكِنْ تَجِبُ لَهَا نِفْقَةُ الْحَضَرْدُونَ الصَّغِيرَاتُ نَهَايَ الْمُحْتَقَةِ عَلَيْهِ
 وَلَوْ سَافَرَتْ مَعَهَا الزَّوْجُ تَجِبُ النِّفْقَةُ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّ الْإِحْتِسَابَ قَائِمٌ لِقِيَامِهِ عَلَيْهَا وَيَجِبُ نِفْقَةُ
 الْحَضَرْدُونَ وَالسَّفَرُ وَلَا تَجِبُ الْكَرَاءُ مَا قَلَّ

إِلَى الْجَمَاعِ وَالصَّغِيرَةِ النَّيِّ لَا تَصْلُحُ لِلْجَمَاعِ لَا تَصْلُحُ لِدَوَائِمِهِ أَيْضًا وَلِهَذَا تَجِبُ
 النِّفْقَةُ لِلْمُرْتَقَاءِ وَالْفَتَاءِ وَالْقُرُونَاءِ وَالْمَرْأَةِ النَّيِّ صَاحِبَاتُهَا بَلَاءٌ تَصْنَعُهُ عَنِ الْجَمَاعِ لِبَقَاءِ
 الْإِتِّفَاعِ بِهَا مِنْ حَيْثُ الدَّوَامِ •

قوله وَلَنَا ان المهر مَوْضُوعٌ مِنَ الْمَلِكِ وَلَا يَجْتَمِعُ الْعَوَاضَانِ عَنْ مَعْوُضٍ وَاحِدٍ وَهَذَا لِأَنَّ
 مَا يَكُونُ عَوَاضًا عَنِ الْمَلِكِ فِي الْمَحَلِّ يَجِبُ جَمْلَةً لِأَنَّ الْمَلِكَ فِي الْمَحَلِّ يَحْصُلُ لِلزَّوْجِ
 جَمْلَةً غَلَا مَالٍ يَجِبُ جَمْلَةً هَلُمَّ أَنْ وَجُوبُهَا لِلْإِحْتِسَابِ الْمَوْصُلِ إِلَى الْمُحْتَقِ بِالنِّكَاحِ
قوله وَلَكِنْ تَجِبُ لَهَا نِفْقَةُ الْحَضَرَايِ يَعْنِي مَا كَانَ قِيَمَةُ الطَّعَامِ فِي الْحَضَرِ
 لَا مَا كَانَ قِيَمَةً لَهُ فِي الصَّغِيرَاتِ لِأَنَّ هَذِهِ الزَّيَادَةُ لِحَقِّهَا بِأَزْوَاجٍ مُنْفَعَةٍ تَحْصُلُ لَهَا
 فَلَا يَكُونُ ذَلِكَ عَلَى الزَّوْجِ •

(كتاب الطلاق باب النفقات)

والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يبين
أنه لا معنى للنقد بركم كما ذهب إليه الشافعي رحمه الله أنه على المورس مدان
وعلى المعسر مدان على المتوسط مد ونصف مد لان ما وجب كفاية لا يقدر شرفاني نفقة
وان امتنع من تسليم نفسها حتى يعطيها مهر فانها النفقة لانه منع بحق فكان فوت
الاحتباس بمعنى من قبله فيجعل كلافات وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله
لان فوت الاحتباس منها اذا عادت جلا الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنع
من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطى كرها
وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها الاحتباس
الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالكاح ولم يوجد خلاف المريضة على مانبين
وقال الشافعي رحمه الله لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين

قوله والباقي دين في ذمته اي بالقضاء او التصالح **قوله** وان نشزت فلا نفقة لها
فان قيل النص مطلق قلنا خص بدلالة النص لان الله تعالى امرني حق الناشئة
بمنع حقها في الصحة لقوله تعالى واخرجوهن في المضاجع وهي مشتركة بينهما فلان
لا تجب النفقة وهي مخصصة بها اولى والناشئة هي الخارجة عن منزل الزوج الملتزمة
نفسها منه بخلاف ما اذا امتنع من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم
ولو كان المنزل ملكها فممنعه من الدخول عليها لا نفقة لها لانها ناشئة الا
ان تكون مألوفة ان يحولها الى منزله او يكرهى لها منزلا لان الامتناع من نفقات بمعنى منه
ولو كان المكنى في ارض القصب المستحق لها النفقة لانها ليست بناشئة
قوله وان كانت صغيرة لا يستمتع بها اي لا يوطى لان الامتناع من نفقات بمعنى منه
والاحتباس ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالكاح وهو الاستمتاع او الدوامي

ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي رحمه الله يغرق لانه عاجز عن الامساك
 بالمعروف فينبوب القاضي منابه كما في التفريق في الحب والعنة بل اولى لان الحاجة
 الى النفقة اقوى ولنا ان حقه يبطل وحققنا خرو الاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة
 تصير دينا بغرض القاضي فيستوفي في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح
 لا يلحق بما هو المقصود وهو التنازل

ذكر في الذخيرة هذا اذا كان للمرأة خادم اما اذا لم يكن للمرأة خادم
 لا تقرض نفقة الخادم على الزوج في ظاهر الرواية عن اصحابنا الثلاثة وهو نظير
 المعاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال كذا هذا
 وعن زفر رحمه الله انه تقرض الخادم واحد ثم هي تقوم بذلك بنفسها وتتخذ خادما
 وفي الذخيرة ثم اختلف مشايخنا رحمهم الله في الخادم اي خادم المرأة يستحق
 النفقة على الزوج منهم من قال للمملوك لها حتى لو كان حرا ولم يكن مملوكا لها
 لا تستحق النفقة ومنهم من قال كل من يخدمها حرا كان او مملوكا لها او غيرها
 تستحق وفي فتاوى سمرقند ان المرأة اذا كانت من بنات الاشراف ولها خادم يجبر
 الزوج على نفقة خادمين وعن ابي يوسف رحمه الله انها اذا كانت فائقة بنت ذائق زفت
 الى زوجها مع خدم كثير استحققت نفقة الخدم كلها فان قال لامراته لا انفق على
 احد من خدمك ولكن اعطني خادما من خدمي لخدمك فابت يجبر على
 نفقة خادم من خدمها فريما لا ينهبا لها استخد ام خدمه •

قوله ويقال لها استديني عليه ذكر الخصاص رحمه الله تعالى عليه ان تفسير
 الاستدانة على الزوج وهو الشراء بالنسيئة ليقضى الثمن من مال الزوج

وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس ان لانفق عليها اذا كان مرضا يمنع من
الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه يستأنس
بها ويمسها وتفظ البيت ولما منع يعارض فاشبه الحبض وعن ابي يوسف رحمه الله
انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب
لان التسليم لم يصح قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه .

قال وتقرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة
الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ وتقرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها ووجهه
ان كفايتها واجب عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه ولا يفرض الاكثر من نفقة خادم واحد
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحم قال ابو يوسف رحم تقرض الخادمين لانها تحتاج الى احدهما
لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى
اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا قام الواحد مقام نفسه قالوا ان الزوج
الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى الكفاية وقوله في
الكفاية اذا كان موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة الخادم عند اعماره وهو رواية الحسن
عن ابي حنيفة رحمه الله وهو الاصح خلافا لما قاله محمد رحم لان الواجب على
المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكفي بخدمة نفسها ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما

قوله وان مرضت في منزل الزوج يريد به اذا حولت الى بيته صحيحة ثم مرضت
ينفق عليها **قوله** وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه حيث قال وان مرضت في منزل الزوج
وهذا انما يكون بعد ما حولت الى بيته وان مرضت ثم حولت الى بيته فلا نفقة لها عليه
وفي الدخيرة وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة وكذلك لو مرضت في منزلها
الا انها غير مانعة نفسها من الزوج بغير حق فتسحق النفقة **قوله** ونفقة خادمها

والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي رحمه الله
تصير دين قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده نصا ركسائر الديون وجوابه قد بيناه
وان اسلفها نفقة السنة اي عجلها ثم مات لم يترجع منها بشيء وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تحتجب لها نفقة ما مضى وما بقي
فهو للزوج وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت
عوضا عما تصحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره
كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع
في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك
لا يسترد بشيء منها بالاجماع وعن محمد رحمه الله انها اذا قبضت نفقة الشهر وما
دونه لا يترجع منها بشيء لانه يسير فصار في حكم الحال واذا تزوج العبد
حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه اذا تزوج باذن المولى لانه دين وجب
في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برفقته كدين
التجارة في العبد التاجر وله ان يفدي لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة
فلومات العبد سقطت

قوله والصلات تسقط بالموت لا يقال لو كانت النفقة صلة لما وجبت على المكاتب لانا فلنا
صلة من وجه وما هذا شأنه يجب على المكاتب كاخراج **قوله** واذا تزوج العبد حرة
فنفقتها دين عليه يباع فيها فلما بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة اخرى يباع العبد ثانيا
قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى عليه وليس في شيء من ديون العبد ما يباع
فيه مرة بعد اخرى الا النفقة •

وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان تمكناها احوالة الغريم على الزوج
 فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج
 واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصته تمت لها نفقة الموسر لان النفقة
 تختلف بحسب اليسار والاعسار وما قضى به تقدير النفقة لم تجب فاذا تبدل حاله لها
 المطالبة بنماحقها واذا مضت مدة ولم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان
 يكون القاضي فرض لها النفقة او صالح تحت الزوج على مقدار نفقتها بقضي لها
 بنفقة ما مضى لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم
 الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا تجب الملك الا بمؤكّد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء
 لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض وان مات الزوج
 بعدما قضي عليه بالنفقة ومضت شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة

قوله وفائدة الامر بالاستدانة انه اذا استدانت على الزوج بامر القاضي فرب
 الدين ان يرجع بذلك على الزوج كاله ان يأخذ من المستدينة **قوله** لان ولايته
 على نفسه اقوى من ولاية القاضي حيث يثبت الحق عليه باقراره على نفسه بدون
 الحجة ولا تبث ولاية القاضي بدون الحجة **قوله** وان مات الزوج بعدما قضي عليه
 بالنفقة ومضت شهور سقطت هذا اذا فرض لها القاضي النفقة ولم يأمرها بالاستدانة
 فاما اذا امرها بالاستدانة على الزوج فاستدانت ثم مات احد هما لا يبطل ذلك هكذا
 ذكرنا حكم الشهيد في المختصر وذكر الخفاف رحمة الله تعالى عليه انه يبطل ايضا
 والصحيح ما ذكر في المختصر لان استدانتها بامر القاضي وللقاضي ولاية عليه
 بمنزلة استدانة الزوج بنفسه ولو ان الزوج استدان بنفسه لا يسقط ذلك الدين
 بموت احد هما كذا هنا .

لما بينا ولوا سكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل
وله ان يمنع والديها وولداهما من غيرهما واهلهما من الدخول عليها لان المنزل ملكه فله
حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها وكذا ما في اي وقت اختاروا
لما فيه من طبيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما
يمنعهم من القرار لان الفتنة في اللبث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج
الى الوالدين ولا يمنعها من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرها من المحارم التقدير
بسنة وهو الصحيح واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالنزوة جبة فرض
القاضي في ذلكا لمال نفقة زوجة الغائب وولادة الصغار والديه وكذا اذا علم القاضي
ذلك ولم يعترف به لانه لما اقربا الزوجية والوديعة فقد اقران حق الاخذ لها لان لها
ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه

قوله لما بينا اي لانها يتصور به فان امكنها في منزل ليس فيها احد فشكت
الى القاضي ان الزوج يضربها ويؤذيها وسألت من القاضي ان يأمره بان يسكنها
بين قوم صالحين فان علم القاضي ان الامر كما قالت المرأة زجره عن ذلك ومعه
من التعدي عليها وان ذكر وان لا يؤذيها تركها وان لم يكن في جوارها
من يوثق به او كانوا يميلون اليه امره ان يسكنها بين قوم صالحين ويسأل عنهم وبنى
الامر على خبرهم كذا في نكاح الذخيرة **قوله** وفي غيرها من المحارم التقدير بسنة وهو
الصحيح احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازي فانه يقول لا يمنع المحرم من الزيادة
في كل شهر **قوله** لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها فكان قضاء القاضي فتوى منه
واعانة على اخذ الحق لا قضاء اذا القضاء الزام امر لم يكن لازما قبل القضاء ونفقة
هؤلاء واجبة قبل القضاء فكان القضاء ايفاء لما رجب فجاز فان قيل يشكل على هنا ما لو احصر

وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة وان تزوج الحرامه فبواها مولاها معه منزلا فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس وان لم يموت هانفلا نفقة لها لعدم الاحتباس والتبوية ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخذمها ولو استخذمها بعد التبوية سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوية غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خذمته التجارية احبانا من غير ان يستخذمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخذمها ليكون استردا والمدهرة وام الولد في هذا كلامه والله تعالى اعلم بالصواب •

فصل

وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان يختار ذلك لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة وقد اوجب الله تعالى مقرونا بالنفقة واذا وجب حقها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تنضرب به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك عن المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار لانها رضيت بانتفاص حقها وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها

قوله وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة وقيل اذا قتل كانت النفقة في قيمته قال الشيخ ابو الحسن القدوري رحمه الله تعالى وهذا ليس بصحيح لان القيمة انما تقوم مقام الرقية في دين لم يسقط بالموت لافي دين يسقط به والله تعالى اعلم بالصواب •

فصل

قوله وقد اوجب الله تعالى مقرونا بالنفقة وهو قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم قال الامام ابو منصور الماتريدي رحمه الله تأويل هذه الآية اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم يدل على صحة هذا التأويل قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى عنه وانفقوا عليهن من وجدكم

قال وبأخذ منها كفيلا بها نظر الغائب لانها ربما استوفت النفقة او طلقها الزوج وانقضت مدتها ففرق بين هذا وبين الميراث اذا نعم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند أبي حنيفة رحمه الله لان هناك المكفول له مجهول وهما معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة نظرا للغائب .

قال ولا يقضى نفقتها في مال غائب الا لهؤلاء ووجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم ان يأخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضي امانة لهم اما غيرهم من المحارم فنفتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز ولولم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مغرا به فقامت البينة على الزوجية او لم يخلف ما لا فقامت البينة ليفرض القاضي بنفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضى القاضي بذلك لان في ذلك قضاء على الغائب وقال زفر رحمه الله يقضى لان فيه نظر الها ولا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر وصدها فقد اخذت حقها

فانه لا يباع على الحاضر لان البيع عليه يكون على طريق العجز او بوحيفة رحمة الله تعالى عليه لا يرى العجز على الحر العاقل البالغ .

قوله وبأخذ منها كفيلا بها اي بالنفقة قال شمس الائمة الصرخمي رحمة الله تعالى عليه يحلفها انه لم يعطها النفقة فاذا حلفت اعطاها النفقة واخذ منها كفيلا وفي ادب القاضي للخصاف ان القاضي اذا استوثق منها بكفيل فحسن وان لم يأخذ كان جائزا قال الصدر الشهيد رحمة الله تعالى عليه والصحيح ما ذكره شمس الائمة الصرخمي رحمة الله تعالى عليه **قوله** انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه فعند الشافعي رحمة الله تعالى عليه لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين ولهذا قلنا لو طفروا حد من الاقارب بجنس حقه

(كتاب الطلاق ... باب النفقات ... فصل)

لا سيما هنا فإنه لو أنكر أحد الأمرين لا تقبل بينة المرأة فيه فإن المودع ليس بخصم في إثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في إثبات حقوق الغائب وإذا ثبت في حقه تعدى إلى الغائب وكذا إذا كان المال في يده مضاربة وكذا الجواب في الدين وهذا كله إذا كان المال من جنس حقها دراهم أو دينار أو طعاما وكسوة من جنس حقها أما إذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لأنه يحتاج إلى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يباع على الحاضر فكذلك الغائب وأما عندهما فلا يباع إن كان يقضى على الحاضر لأنه يعرف امتناعه لا يقضى على الغائب لأنه لا يعرف امتناعه

صاحب الدين غريما ومودع الغائب وهما معترفان بأن هذا المدعي له دين على الغائب لأمر القاضي بقضاء دينه من الوديعة ومن الدين وإن كانا معترفين بالدين وبمال الغائب قلنا لأن القاضي يأمر في حق الغائب بما هو نظره وفي الأمر باتفاق المرأة نظره بأبقاء ملكه وليس في قضاء الدين أبقاء ملكه بل فيه قضاء عليه بقول الغيرة

قوله لا سيما هنا فإن صاحب اليد لو أنكر الزوجية أو كونه مال الغائب لا يمكن للمرأة إقامة البينة لأعلى الزوجية ولا على كونها مال الغائب فتعين هذا القرار طريقا للوصول إلى المستحق فكان أولى بالقبول من إقراره لصاحب الحق إمكان إثبات حقه بدون إقراره بالبينة **قوله** فإن المودع ليس بخصم في إثبات الزوجية كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى عليه يقول أولا تقبل بينتها على الزوجية لأنها تدعي حقا لها في يده من المال بسبب فكان خصما في إثبات ذلك السبب كمن ادعى عينا في يد إنسان أنه اشتراها من فلان الغائب ثم رجع وقال لا يقبل بينتها على ذلك وهو قولهما لأنها ثبتت النكاح على الغائب والمودع والمديون ليسا خصم من الغائب في إثبات النكاح عليه بالبينة كذا في المبسوط **قوله** وكذا الجواب في الدين يعني مديون الغائب لو أنكر دينه وبالزوجية فالحكم كذا **قوله** وأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه

فصل

واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيًا كان أو بائنًا
وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعد
قائم لاسيما عندنا فانه يحل له الوطى وأما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت
قيس قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله وسلم سكنى
ولا نفقة ولانه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها
لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لاننا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات
حمل فانفقوا عليهن الآية ولنا ان النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا والاحتباس
قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة صيانة للولد
فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا

فصل

قوله وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة وهي المطلقة ثلثا او بعوض حتى بانث عندهم
جميعا الا اذا كانت حاملا لقوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن
حملهن فان قيل فمن اين يعلم ان هذه الآية في حق المطلقات قلنا علم ذلك من آخر
الآية حتى يضع حملهن والنفقة في غيرا لمطلقات غير مرغبات بوضع الحمل فان قيل
لو وجبت النفقة في الحامل لم يبق لتخصيص الحامل في النص فائدة حيث قال
وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن قلنا لذكر الشرط والتخصيص فائدة سوى
النفي وهي انه انما خص الحامل بالذكر لان الحامل انما تصحق النفقة بقدر
ثلاثة افرأ فيقع الاشكال ان الحامل تصحق بذلك القدر او الزيادة

وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان
عجزت يضمن الكفيل او المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة
على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسئلة انا وويل مرجوع منها
فلم نذكرها والله تعالى اعلم بالصواب •

لم يكن له الاخذ الا بقضاء او رضاء فالحاصل ان ما كان مختلفا فيه لا ينقوى الا بقضاء
القاضي وليس للقاضي ان يوجه القضاء على الغائب فاما ما كان متفقا عليه فهو
ثابت بنفسه ولصاحب الحق ان يمد يده ويأخذ من غير قضاء القاضي فكان
حكم القاضي اعانة لا قضاء •

قوله وان جحد يحلف اي ان لم تكن للمرأة بينة **قوله** وان عجزت يضمن
الكفيل اي ان عجزت المرأة عن اقامة البينة وقد حلف الزوج وقد انفق القاضي
عليها من مال الزوج يضمن الكفيل او المرأة **قوله** وعمل القضاة اليوم
على هذا اي على قول زفر رحمه الله تعالى يقبلون البينة من المرأة ويفرضون
النفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وقال في المحيط وهوارق بهم
وان انفق المودع او المديون على والد رب الدين وولده او امرأته بغير
امره ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع المنفق على من انفق **قوله** وفي هذه
المسئلة انا وويل مرجوع عنها كان ابو حنيفة رحمه الله يقول ولا يقضى بالنفقة
على الغائب ثم رجع وقال لا يقضى وعند محمد رحمه الله تعالى عليه لا يقضى
قولا واحدا وكان ابو يوسف رحمه الله تعالى عليه يقول ولا تقبل بينتها على الزوجة ثم
رجع وقال لا تقبل والله تعالى اعلم بالصواب •

وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لأنها صارت حايصة بنفسها بغير حق فصارت كما إذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لأنه وجد التسليم في حق المهر بالوطى وبخلاف ما إذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لأنها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما إذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وإن طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وإن مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لأن الفرقة تثبت بالطلقات الثلاث ولا عمل فيها للردة والنمكين إلا أن المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والمكنة لا تحبس فلم يذيق الفرق والله تعالى أعلم بالصواب •

قوله وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية فلا نفقة لها أما السكنى فواجبة لها بأي فرقة كانت لأن القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط ذلك بمعصيتها وأما النفقة فواجبة لها فيسقط ذلك بمجيء الفرقة من قبلها بمعصية وإن جامعها ابن الزوج مكرهة تقع الفرقة ولا تسقط النفقة **قوله** وإن طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها لالعين الردة ولكن لأنها تحبس فلا يكون في بيت زوجها والمحبوسة بحق عليها لا يستوجب نفقة حال قيام النكاح كالمحبوسة بالدين فكذلك لا يستوجب نفقة في العدة حتى إذا ارتدت ولم تحبس بعد بل هي في بيت زوجها فلها النفقة **قوله** معناه مكنت بعد الطلاق هذا إذا كان الطلاق بائنا أو ثلثا أو ما المعدة عن طلاق رجعي إذا مكنت ابنه أو ارتدت فحبست أولا فلا نفقة لها لأن النكاح باق فكانت الفرقة حاصلة بمعصية فتسقط النفقة ولا كذلك في الطلاق البائن والله تعالى أعلم بالصواب •

وحدث فاطمة بنت قيس ردة عمر رضي الله تعالى عنه فانه قال لا ندع كتاب ربنا
وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت
ومول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلث النفقة والسكنى مادامت
في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه واسامة بن زيد وجابر
وعائشة رضي الله عنهم.

قال ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع
فان التبرص عبادة منها لا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه
حتى لا يشترط فيه الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له
بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة

الى تمام مدة الحمل وان طالت فزال الاشكال وقال لها النفقة في جميع
مدة الحمل حتى يضع حملهن

قوله وحدث فاطمة رضي الله تعالى عنها ردة عمر رضي الله تعالى عنه فانه
قال لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت ام كذبت
ذكر فخر الاسلام رحمة الله تعالى عليه في اصول الفقه وقال عيسى بن ابان
اراد بالكتاب والسنة القياس وهو ان النفقة والسكنى تعلقا بالنكاح والعدة
من حقوقه فكما بقي باعتبار هذا الحق استحقاق السكنى فكذا النفقة
وفدروي ان زوجها اسامة بن زيد اذا جمع منها هذا الحديث وماها بكل شيء
في يده ومن عائشة رضي الله تعالى عنها انها قالت تلك امرأة فنتت العالم اي بروايتها
هذا الحديث وان ثبت فتأويله ان زوجها خرج الى اليمن ووكل اخاه بان ينفق
عليها خبز الشعير فابت ذلك ولم يكن الزوج حاضرا ليقتضي عليه بشيء آخره.

لان الارضاع مستحق عليها ديانته قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الا انهما
 مذررت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل
 واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة
 لان النكاح قائم وكذا في المبتوتة في رواية وفي رواية اخرى جاز استيجارها لان
 النكاح قد زال وجه الاول انه باق في حق بعض الاحكام وان استاجرها وهي منكوحته
 او محددة لارضاع ابن له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها وان انقضت عدتها
 فاستاجرها يعني لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية وصارت
 كالاجنبية وان قال الاب لا استاجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجر الاجنبية
 اورضيت بغيرها كانت هي احق لانها اشفق فكان نظرا للصبي في الدفع
 اليها وان التمس زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة
 في قوله تعالى لا تضار والدته بولدها ولا مولود له بولده اي بالزامه لها
 اكثر من اجرة الاجنبية

من ترضعه تجبر على الارضاع وتبيل لا تجبر الام في ظاهر الرواية لان الولد يتغذى بالدهن
 وسائر المائعات فلا يؤدي الى الضياع والى الاول مال القدوري وشمس الامة
 السرخسي رحمهما الله تعالى •

قوله لان الارضاع مستحق عليها ديانته قال الله تعالى والوالدات يرضعن
 اولادهن حولين كاملين فهوا مربصة الخبر ولان عقد النكاح للمكن
 ولا سكن الا بعد اجتماعهما على اقامة المصالح ومن جملة ذلك الارضاع واصل هذا
 ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل امور خارج البيت على علي رضي
 الله تعالى عنه وامور داخله على فاطمة رضي الله تعالى عنها **قوله** وجه الاول انه باق

فصل

ونفقة اولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الاب وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب وجبة الرضاع كالنفقة ولانها عساها لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تأويل قوله تعالى لا تضار والدته بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكره بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه اما اذا كان لا توجد من ترضعه تجبر الام على الارضاع صيانة للصبي عن المضايعة .

قال ويستاجر الاب من ترضعه عندها اما استيجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناها اذا ارادت ذلك لان احجبر لها وان استاجرها وهي زوجة او معنودة لترضع ولدها لم يجز

فصل

قوله ونفقة الاولاد الصغار على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وجه التمسك بهذه الآية ان المولود له هو الاب فلما وجبت نفقة المرضعات على الوالد بسبب الولد فنفقة الوالد اولى ان تجب ولان اللام في قوله تعالى وعلى المولود له للاختصاص فصار الولد كالعبد ونفقة العبد تجب على المولى لا يشاركه غير المولى نكذا هنا وفي المبسوط ويجبر الرجل على نفقة اولاده الصغار بقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن والنفقة بعد الفطام بمنزلة مؤنة الرضاع قبل ذلك اذ هما لا ينفقان من حيث النفقة **قوله** وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه وعند مالك رحمة الله تعالى عليه تجبر ان لم تكن شريفة **قوله** اما اذا كان لا توجد

فصل

وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه
 اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معرو فانزلت الآية في الابوين الكافرين
 وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد
 والجدات فلا نهم من الآباء والامهات ولهذا يقوم الجدد مقام الاب عند عدمه
 ولا نهم تسبوا لحياته فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين بشرط الفقر لانه لو كان
 ذاملا فاجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال غيره ولا يمنع ذلك باختلاف
 الدين لما تلونا ولاتجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد
 والجدات والولد وولد الولد اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد
 لاحتمال سها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما غيرها فلان الجزئية
 ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا تمنع نفقة نفسه بكفره لا تمنع نفقة
 جزئه الا انهم اذا كانوا حريين لاتجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستأمنين

فصل

قوله وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده الى قوله وان خالفوه في دينه معناه اذا كانوا
 من اهل الذمة اما اذا كانوا من اهل الحرب فلا نفقة لهم **قوله** وصاحبهما في
 الدنيا معرو فانزلت في الابوين الكافرين دل عليه السياق وهو قوله تعالى وان
 جاهداك على ان تشرك بي فيما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا
 اي في امور الدنيا بالمعروف وهي الطاعة لهما فيما لا يفسد عليك دينك وفسر النبي
 عليه الصلوة والسلام حسن المصاحبة بان يطعهما اذا جاها ويكوهما اذا عريا •

(كتاب الطلاق ... باب النفقات ... فصل)

ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وإن خالفته في دينه أما الولد فلا طلاق ما تلون أولاده جزؤه فيكون في معنى نفسه وأما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافر وترتب عليه الاحتباس فوجب النفقة وفي جميع ما ذكرنا إنما تجب النفقة على الأب إذا لم يكن للصغير مال أما إذا كان فالأصل أن نفقة الإنسان في مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا والله تعالى أعلم بالصواب *

في حق بعض الأحكام ولهذا تجب النفقة والسكنى فيها ولو دفع زكوته إلى معذنته عن طلاق بائن أو ثلث أو شهد لمعتدته عن طلاق بائن أو ثلث لم يجز فلا يصح استيجارها كما في حال قيام النكاح .

قوله ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه في دينه بان أسلم الابن والأب كافر أو أسلمت أم الصغير والأب كافر أو ارتد الصغير والعياذ بالله والأب مسلم لما أن أسلم الصبي العاقل وارتداده صحيح ثم الولد إذا لم يكن له مال فابن أن يكتسب وينفق على أولاده يجبر على ذلك ويحبس بخلاف سائر الديون فإن كان الأب عاجزا عن الكسب مابة من الزمانة أو كان معقدا يتكفف الناس وينفق عليهم هكذا ذكر في نفقات الخصاص رحمة الله تعالى عليه ومن المتأخرين من قال نفقة الأولاد في مثل هذه الصورة في بيت المال لأنه إذا كان بهذه الصفة تكون نفقته في بيت المال فكذلك نفقة أولاده والله تعالى أعلم بالصواب *

لان المعنى يشملهما والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امرأة بالغة فقيرة او كان ذكرا بالغ فقيرا زنا او اعمى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذارحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذاك وفي قراءة عبد الله ابن مسعود رضي الله تعالى عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذاك ثم لا بد من الحاجة والصغر والاثوثة والزمانة والعمى اماراة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب .

رحمة الله تعالى عليه ان النفقة بين الذكور والاناث اثلاثا للذكر مثل حظ الانثيين على قياس نفقة ذوى الارحام *

قوله لان المعنى يشملهما وهو ما لا ب من التأويل في مالهما وكونهما اقرب الناس اليه **قوله** والنفقة لكل ذي رحم محرم وقال ابن ابي ليلى تجب النفقة على كل وارث محرما كان او غير محرم لظاهر قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وقال الشافعي رحمه الله لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين لان استحقاق الصلة عنده باعتبار الولاد دون القرابة حتى لا يعتق احد على احد الا الوالدان والمولودون عنده او جعل قرابة الاخوة كقرابة بنى الاعمام وحمل النص على نفى المضاربة دون النفقة وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنه ولنا قول ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فنفقة المطلق به قد قال عمرو بن دينار رضي الله عنهما وعلى الوارث مثل ذلك من النفقة وهذا لان نفى المضاربة لا يختص به الوارث بل يجب ذلك على غير الوارث كما يجب على الوارث وقوله ذلك ينصرف الى قوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف

(كتاب الطلاق ... باب النفقات ... فصل)

لأننا نهينا من البر في حق من يقاتلنا في الدين ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم وكذا لا تجب على المسلم نفقة أخيه النصراني لأن النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لأنه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولأن القرابة القريبة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين أكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطعية من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة فلماذا افرقا ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان لهما تأويلا في مال الولد بالنص ولاتأويل لهما في مال غيره ولأنه اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والانات بالصوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح

قوله لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين قال الله تعالى انما ينهيكم الله عن الذين يقاتلونكم في الدين واخرجوكم من دياركم **قوله** لان النفقة متعلقة بالارث بالنص قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والحكم اذا رتب على اسم مشتق كان مأخذا الاشتقاق علة لذلك الحكم كما في قوله تعالى والسارق والسارقة **قوله** بخلاف العتق عند الملك لأنه متعلق بالقرابة والمحرمية بالديث قال عليه السلام من ملك ذارحم محرم منه عتق عليه **قوله** ولأن القرابة القريبة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين أكد لان اثر في الاحسان الا ترى ان الله تعالى حقق الاخوة بسبب الدين ودوام ملك اليمين اقوى في قطعية الرحم من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة اي في دوام ملك اليمين القرابة القريبة وفي الادنى اي في حرمان النفقة العلة المؤكدة اي القرابة مع اتفاق **قوله** لان لهما تأويلا في مال الولد بالنص وهو قوله عليه السلام انت ومالك لا بيك **قوله** وهي على الذكور والانات بالصوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح احتريزه عن رواية الحسن عن ابي حنيفة

لانه انتممها بالاقدام على العقد اذ المصالح لا تنتظم بدونها ولا يعمل في مثلها الا عسار ثم
 اليسار مقدر بالنصاب فيماروي عن ابي يوسف وعن محمد رحمه الله انه قدرة بما يفضل
 من نفقة نفسه وعياله شهر او بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر
 في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه للتيسير والغنى على الاول لكن النصاب
 نصاب حرمان الصدقة واذا كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه

حال حيوة القريب ولا يجري الارث حال الحيوة فلو كان للمعسر خال وابن عم فنفقته
 على خاله لانه محرم ويحرم ميراثه ابن عمه لانه عصبة وهذا لان سبب الارث ثابت للمخال
 فان ابن العم لومات قبل المخال يحرم ميراثه المخال فاذا استويا في المحرمية واهلية الارث
 يترجح من كان وارثا في الحال فلو كان له عم وخال او عم وعمة وخالة فالنفقة على العم
 لاسنوائها في المحرمية ويترجح العم بكونه وارثا في الحال ولو كان العم معسرا فالنفقة على
 العمة والخالة اثلاثا على قدر ارثهما ويجعل العم كالميت واذا اجتمع المعسرون
 والموسرون يقدر الموسر موسرا تقسم النفقة عليهم ثم يسقط نصيب المعسر ويجب كل النفقة
 على الموسرين كصغير له ام واخت لاب وام واخت لاب وام والاخت لاب وام
 والام موسرتان والاخرى موسرتان تجب النفقة على الام والاخت لاب وام ارباعا
 فاعتبرا للمعسرتين موسرتين حتى يوزج على سنة اسهم على قدر ميراثهن ثم يسقط نصيب
 المعسرتين بالا عسار فتبقى اربعة اسهم وهو نصيب الموسرتين فيجب كل النفقة عليهما ارباعا
 ثلثة اسهم على الاخت وسهم على الام ولا يلحق المعسرتان بالاموات والالوجب النفقة
 على الموسرتين اخماسا خمسها على الام وثلثة الاخماس على الاخت •

قوله لانه انتممها بالاقدام على العقد اي التزم نفقة الزوجة واما ولده الصغير فلانه
 جزؤه فكما لا تسقط عنه نفقة نفسه لعمره فكذا نفقته طفله **قوله** والغنى على الاول

قال وتجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه لان التنصيب على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لا يفاء حق مستحق.

قال وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على ابويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث لهما على هذا المقدار قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره رواية الخصاص والحسن رحمه الله وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وصار كالولد الصغير وجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة نظره فاخص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الام والسجد اثلاثا ونفقة اخ المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان الاعتبار اهلية الارث في الجملة لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحزره ابن عمه ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطان اهلية الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير لانها تجب صلة وهو يمنحها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير

قوله لان التنصيب على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار وهذا لان الاصل ان الحكم منى رتب على الاسم المشتق من معنى كان مأخذا اشتقاق ذلك الاسم ملة لذلك الحكم كالزاني والسارق فكان الارث ملة لاستحقاق النفقة فتقدر بقدر الارث لان الحكم يثبت بقدر علمه **قوله** غير ان الاعتبار اهلية الارث لا احرازه اي يعتبر ان يكون وارثا في الجملة وان كان محجوبا بغيره لان سبب استحقاق النفقة حال القضاء بالنفقة فيام سبب الارث لا جريان الارث اذ لا يتصور جريان الارث حال القضاء بالنفقة لان القضاء بها

واذا قضى القاضي المولد والوالدين وذوى الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى .

قال الا ان يأذن القاضي في الاستدانة عليه لان القاضي له ولاية عامة فصار اذ نه كامر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا يسقط بمضى المدة والله تعالى اعلم بالصواب .

ولاية الاب ينقطع ببلوغ الصبي رشيدا الا فيما يبيعه تحصينا لولده الغائب فان الابن اذ ابلغ وهو غائب فللاب ووصي الاب بيع عروضة تحصينا على ولده الغائب وههنا هو لا يبيع تحصينا على الغائب وانما يبيع لنفسه وليست له هذه الولاية الا ترى ان استحقاق الام النفقة كما استحقاق الاب ثم الام لا يبيع عروضة الولد في نفقتها فكذلك الاب واكن استحس ابو حنيفة رحمه الله فقال ولاية الاب وان زالت بالبلوغ لكن بقي اثرها ولهذا صح منه الاستيلاء في جارية الابن فلبقاء اثر ولايته كان له ان يبيع العروضة لان بيع العروضة من الحفظ فان العين يخشى عليه الهلاك وحفظ الثمن ايسر وفي الذخيرة ثم ذكر ههنا ان الاب يملك بيع منقول ابنه الكبير الغائب والام لا تملك وذكره في الاقضية جواز بيع الابوين وهكذا ذكر القدوري في شرحه فانه اضاف البيع اليهما اما ان يكون في المسئلة روايتان في رواية الاقضية والقدوري يملك واما ان يكون المسئلة على الاتفاق بان الام لا تملك وتأويل ما ذكر في الاقضية والقدوري ان الاب هو الذي يبيع لكن لمنفعتهما فاضاف البيع اليهما من حيث ان منفعة البيع تعود اليهما وهو الظاهر .

قوله واذا قضى القاضي المولد والوالدين وذوى الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت بخلاف

(كتاب الطلاق باب النفقات فصل)

واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وهذا استحسان واذا باع
العقار لم يجز وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها
بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا تملك
الام في النفقة ولا أبي حنيفة رحمه الله ان الاب ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان
للوصي ذلك فالاب اولى لو فور شفقتة وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك
العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف
حالة الصغر ولا في الحفظ حالة الكبر واذا جاز بيع الاب فالثلث من جنس حقه وهو
النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز اكمال الولاية
ثم له ان يأخذ منه بنفقته لانه جنس حقه وان كان الابن الغائب مال في يد ابويه
وانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد اخذا
من جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن لانه
تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امر القاضي لان امره
ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمن فظهر انه كان متبرعا به

وهو ان اليسار مقدر بالنصاب لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة وهو ان يملك مما
فضل عن حاجته ما يبلغ مائتي درهم فصاعدا وهو الصحيح وهذا لانه لم يشترط لوجوب
صدقة الفطر غنى موجب للزكاة وانما يشترط غنى محرم للصدقة فكذا في حق ايجاب
النفقة لان النفقة اشبه بصدقة الفطر منه بالزكاة لان في صدقة الفطر معنى المؤنة ومعنى
الصدقة فاذا لم يشترط لصدقة الفطر غنى موجب للزكاة وهي صدقة من وجه ومؤنة من وجه
فلان لا يشترط لوجوب النفقة غنى موجب للزكاة وانها مؤنة من كل وجه كان اولى .
قوله واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز وفي قولهما لا يجوز وهو القياس لان

وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق فلا تجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعه المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجبر والاصح ما قلنا والله تعالى اعلم بالصواب •

على الكسب ليس له ذلك وان لم يكن قادرا على الكسب له ذلك اذا اعتق عبدا صغيرا او امته لا تجب النفقة على المعتق لانه ليس بذى رحم محرم منه وان كان عصيته فصا ركا بن العم •

قوله وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق اذا كانت الدابة كلها مملوكة لرجل لا يجبره القاضي على الانفاق عليها ولو كانت مشتركة يقوله القاضي للآبي اما ان تباع نصيبك او تنفق عليه رعاية لجانب الشريك وهذا لان الشريك من اهل الاستحقاق وان لم تكن الدابة من اهل ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجبر على الانفاق في البهائم ايضا وهو قول الخافعي رحمه الله لان فيه اضاعه المال وتعذيب الحيوان وهما منهيان والاصح ما قلنا لان اجبار القاضي على الانفاق نوع قضاء ولا بد للقضاء من مقضي له وهو من اهل الاستحقاق وهو موجود في الرقيق لانه من اهل ان يستحق حقوقا على المولى وان كان مملوكا فاما غير الرقيق فلا يستحق حقوقا على المالك فلا يصلح مقضيا له نفقات شرط القضاء فامتنع القضاء والله تعالى اعلم بالصواب •

فصل

وعلى المولى أن ينفق على امته وعبده لقوله صلى الله عليه وسلم في المماليك أنهم إخوانكم جعلهم الله تعالى تحت أيديكم أطعموهم مما تأكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله فإن امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا لان فيه نظر المجانبيين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك وان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمتا او جارية لا يواجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تأخيرها على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان ابطالا

نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي حيث لا يسقط بدضي المدة وكذلك لا يسقط دين الاستدانة في ذوى الارحام واذا فرض القاضي للمرأة عشرة دراهم نفقة شهر فمضى الشهر وقد بقي من العشرة شيء يفرض لها القاضي عشرة اخرى لشهر اخر ولو كان مثل هذا في الاقارب بان بقي شيء من الدراهم ومضت المدة لا يقضي باخرى واذا فرض القاضي للمرأة الكسوة او النفقة لوقت مقدرفه لكت الكسوة او النفقة او سرت او حرق الكسوة او اكلت النفقة قبل الوقت ليس عليه ان يكسوها وينفق عليها اخرى واما اذا فرض الكسوة او النفقة للاقارب فضاغت من ايديهم قبل مضي الوقت فان القاضي يفرض لهم مرة اخرى والله تعالى اعلم بالصواب .

فصل

قوله وعلى المولى ان ينفق على امته وعبدته فان امتنع فكان لهما كسب اكتسبا وانفقا ذكر في النجاشي رجل له عبد لا ينفق عليه هل للعبد ان يأكل من مال مولاه ان كان قادرا

قال العنق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط الحرية لان العنق لا يصح الا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس باهل للتصرف ولذا لو قال البالغ اعتقت واناصبي فالقول قوله وكذا اذا قال المعتق اعتقت وانما مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية وكذا لو قال الصبي كل مملوك املكه فهو حر اذا احتلمت لا يصح لانه ليس باهل لقول ملزم ولا بد ان يكون العبد في ملكه

دل على كونه مندوبا بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب قال الله تعالى فك رقبة وهو ان يعين في ثمنها الى ان قال الله تعالى اولئك اصحاب الميمنة اذا كانت الاعانة بهذه المثابة فكيف الاعناق والسنة ما ذكر في الكتاب والاجماع ظاهر والمعقول فانه تمكين المالك من اداء العبادات اجمع والتأمل في آيات الآفاق والانفس كما في قوله تعالى سنبهم آياتنا في الآفاق والانفس .

قوله لان الصبي ليس من اهله اي ليس من اهل انشاء العنق وهو اهل المعتق بسبب الملك وذكر في الفصل الذي يليه والصبي جعل اهلا لهذا العنق وكذا المجنون حتى عنق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة **قوله** ولهذا لو قال البالغ اعتقت واناصبي فالقول قوله يستدل بهذه الممثلة على ان الصبا حالة منافية للاعتاق فانه لما اسند الاعتاق الى تلك الحالة صح لاسناده الى حالة منافية للاعتاق فكان القول قوله لانه منكر للاعتاق والقول قول المنكر **قوله** لانه ليس باهل لقول ملزم لا يقال انه اهل لقول ملزم فانه لو كان صبي في يدرجل فافر بالرق صح اقراره حتى لو ادعى بعده حرية الاصل لا يقبل دعواه لانه ظهر رقه حيث اقر برقه ويد صاحب اليد دليل الملك فلم تنقص يده الثابتة ظاهرا بلا حجة .

كتاب العتاق

الاعتاق تصرف مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار واهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمرأة الامة لتتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء •

كتاب العتاق

العتاق والعتق عبارة عن القوة يقال عتق الطائر اذا قوي وطار عن وكفه ومنه عتاق الطير لاختصاصها بمزيد القوة والخمر اذا تقادم عهدا تسمى عتيقا لاختصاصها بزيادة القوة والكعبة تسمى عتيقا لاختصاصها بالقوة الدافعة للملك عن نفسها وفي الشرع عبارة عن قوة حكمية يصبر المرء بها اهلا للملك على نفسه وعلى غيره والحرية عبارة عن الخلو يقال طين حراي خالص عما يشوبه وارض حرة اي خالصة لاجراجها والاعشرو في الشرع عبارة عن خلوص حكمي يظهر في الادمي بانقطاع حق الاغيار عن نفسه واثبات هذا الوصف الحكمي اما بازالة الملك او بازالة الرق يسمى اعتاقا وتحريرا قال الاعتاق تصرف مندوب وان لم يكن عبادة حتى يصح من الكافر

قال وهكذا كانت العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رقي لي عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخليه السبيل بالبيع او الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لامنه قد اطلقتك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروى عن ابي يوسف رحمه الله بخلاف قوله طلقك على ما تبين من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال لاسلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لان السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقديقي الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان نفيه مطلقا بانتهاء الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا ابني

قوله بخلاف قوله طلقك اي في قوله اطلقتك يثبت العتق ولا يثبت في قوله طلقك وان كانا سواء في اللغة لان قوله طلقك صار صريحا في الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما يأتي بيانه واما قوله اطلقتك فلم يستعمل فيه ثم بينه وبين قوله خليت سبيلك مناسبة يقال اطلقه عن الشيء اذا خلتي سبيله فهو كقوله خليت سبيلك **قوله** لان السلطان عبارة عن اليد اي عن القدرة على الفعل ولا ينبىء عن الملك في الذات كالسلطنة لا يوجب للمسلطان ملكا في رقاب الناس انما يوجب قدرة الفعل عليهم **قوله** وقديقي الملك دون اليد اي نفي الملك ليس من لوازم نفي اليد لانه يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب فلا يلزم من نفي اليد نفي الملك في قوله لاسلطان لي عليك بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان نفي السبيل مطلقا بانتهاء الملك ولهذا بقي للمولى على المكاتب سبيل حيث يطالبه ببذل الكتابة فلم هذا صار قوله لا سبيل لي عليك كناية عن العتق لانه من لوازم نفي السبيل وعن الكرخي رحمه الله تعالى انه قال فني عمري وما انفتح لي وجه الفرق بين نفي السبيل والاسلطان والفرق على ما قيل من وجهين

حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله صلى الله عليه وسلم لا تعتق فيما لا يملكه ابن آدم
 وإذا قال لبعده أو أمته أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد اعتقتك فقد هتق
 نوى به العتق أو لم ينو لأن هذه الألفاظ صريحة فيها لأنها مستعملة فيه شرعاً وعرفاً فأغني
 ذلك عن النية والوضع وإن كان في الأخبار فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة
 كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال غيبته الأخبار الباطل أو أنه حر من العمل
 صدق ديانة لأنه يحتمله ولا يدين قضاء لأنه خلاف الظاهر ولو قال له يا حرياً عتيق يعتق
 لأنه نداء بما هو صريح في العتق وهو لا يستحضر المنادي بالوصف المذكر وهذا
 هو حقيقة فيقتضي تحقيق الوصف فيه وأنه يثبت من جهته فيقتضي بثبوت تصديقه
 فيما أخبر وسنقره من بعد أن شاء الله تعالى إلا إذا سماه حراً ثم ناداه يا حراً لمراده
 الإعلام باسم علمه وهو ما قبله به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق
 وكذا عكسه لأنه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر أخباراً عن الوصف وكذا لو قال وأسك
 حراً ووجهك أو رقبك أو بدينك أو قال لا مته فرجك حر لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن
 جميع البدن وقد مر في الطلاق وإن أضافه إلى جزء شائع يقع في ذلك الجزء وسياً تيك
 إلا خلاف فيه إن شاء الله تعالى وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد
 والرجل لا يقع عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه
 ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وإن لم ينو لم يعتق لأنه
 يحتمل أنه أراد لا ملك لي عليك لا نبي بعثك ويحتمل لا نبي اعتقتك فلا يتعين
 أحدهما مراداً بالنية

قوله حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ بل يتوقف على إجازة المالك **قوله** وسنقره
 إن شاء الله تعالى أي في مسئلة ما أني وقال فيها على ما بيناه إرادته هذا الموضع

ينتظم الناصروابن العم والموالاة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة الا انه تعين للاسفل
فصار كما سم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتمى
الاول والثاني والثالث نوع مجاز والمولاة في الدين وذلك لان المولى من الولي وهو القرب
فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولا تي لما بينا لو قال
عنيت به المولى في الدين او الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء
لمخالفته الظاهر واما الثاني فلانه لما تعين الاسفل مراد التحق بالصريح والنداء بلفظه الصريح
يعتق بان قال يا حري يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ وقال زفر رحمه الله لا يعتق
في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته
وقد امكن العمل به بخلاف ما ذكر لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراما محضا

النسب في حق المقر ويعتق بحقيقته دون مجازة لان ذلك ممكن والنسب قد ثبت من
زيد وبشته من عمرو فيكون المقر مصداقا في حق نفسه *

قوله ينتظم الناصر قال الله تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وقال الله تعالى
انت مولا نا وكذا ابن العم قال الله تعالى واني خفت المولى من ورائي
قوله والثالث نوع مجاز وهو الموالاة في الدين وذلك لان المولى من الولي وهو القرب
ولا قرب بين المشرقي والمغربى حقيقة وبينهما موالاة في الدين فيكون بطريق المجاز
قوله واما الثاني وهو قوله يا مولا ئي عطف على قوله واما الاول **قوله** وقال زفر رحمه الله
لا يعتق في الثاني اي بدون النية لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي
قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل به لان قوله مولا ئي حقيقة في المعتق
لان له ولاء عليه وقد تعين مراد الما ذكر ان اسم المولى ينتظم الناصر وابن العم والموالاة
في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار كما سم خاص له

وثبت على ذلك عتق ومعنى المسئلة اذا كان يولد مثله لمثله فان كان لا يولد مثله لمثله
اذا كره بعد هذا ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة
بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت نسبه منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب
الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق
اعمالا للفظ في مجازة عند تعذر اعماله بحقيقته ووجه المجازة نذكره من بعد ان شاء
الله تعالى ولو قال هذا مولاي او بامولاي عتق اما الاول فلان اسم المولى وان كان

أحدهما ان السلطان عبارة عن الحجة وعن اليد ونفي كل واحد منهما لا يستدعي نفي الملك
كما كتب يثبت الملك للمولى فيه دون اليد فاما نفي السبيل من كل وجه يستدعي العتق
فان للمولى على مكاتبه سبيلا من حيث المطالبة ببذل الكتابة حتى لو انتفى ذلك بالبراءة
يعتق ايضا والثاني ان العتق في نفي السبيل محتمل وفي نفي السلطان محتمل المحتمل
فلا يثبت الاول دون الثاني بيانه ان نفي السلطان يحتمل نفي الحجة ويحتمل نفي اليد
ثم نفي اليد يحتمل نفي الملك ويحتمل غيره فاما نفي السبيل يحتمل انتفاؤه بالعتق
وبغيره يعني لاسبيل لي عليك في الموم والعقوبة *

قوله وثبت على ذلك معناه لم يقل اخطأت او غلطت قبل ان شرط الثبات لثبوت النسب
للاثبات العتق اذا الرجوع عن العتق لا يصح وعن النسب يصح نص عليه فخر الاسلام رحمه الله
قوله ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه وفي الكافي للعلامة
السنفي رحمه الله ولا فرق بين ان يكون جليبا او مولدا لان صحة دعوة المولى باعتبار
الملك وحاجة المملوك الى النسب قلت قوله جليبا انما يصح اذا كان جليبا غير ثابت
النسب في مسقط رأسه اما اذا كان ثابت النسب في مولده لا يثبت نسبه من المولى **قوله** ويعتق
اعمالا للفظ في مجازة ذكر فخر الاسلام الهز دوي رحمه الله في اصول الفقه انه يثبت

وان قال لـغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا يعتق وهو قول الشافعي رحمه الله لهم انه كلام محال فيرد ويلغو كقوله اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق ولا ابي حنيفة رحمه الله انه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازة لانه اخبار عن حرية من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحرية

على معنى مقصود في النداء وهو استحضار المنادى مع ان النداء لا يراعى فيه المعنى ولا يلتفت اليه ولكن انما تثبت الحرية بقوله يا حر مع وجود هذا الاصل لان لفظ الحرية لما كان من صريح الفاظ العتق قام اللفظ الصريح مقام معناه فصا ركانه اثبت ذلك المعنى فيه اولاً ثم استحضر بالنداء بخلاف لفظ الابن فانه ليس بصريح فيه .

قوله وان قال لـغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالوا الشافعي رحمه الله لا يعتق لانه كلام محال فيرد ويلغو كقوله اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق بخلاف معروف النسب ويولد مثله لمثله لان كلامه محتمل لجواز ان يكون مخلوقا من مائه بالوطي عن شبهة وقد اشتهر نسبه من الغير الا ترى ان ام الغلام لو كانت في ملكه بصيرام ولد له ثم لا يصيرام ولد له ههنا ولا ابي حنيفة رحمه الله انه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازة وهذا بناء على ان المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما فيقتضي تصور الحكم ولا تصور لحكم الحقيقة هنا بخلاف معروف النسب فان النسب قد ثبت من زيد ويشتهر من عمر وفكان الاصل متصورا فيجوز اثبات المجاز خلفا عنه وعند ابي حنيفة رحمه الله المجاز خلف عن الحقيقة في حق التكلم لافي حق الحكم لانه تصرف من المتكلم واقامة كلام مقام كلام فتشروط صحته من حيث انه مبتدأ وخبر وقد وجد وتعدرا العمل بحقيقته وله مجاز متعين فصا مستعار الحكمه بلانية كالنكاح بلفظ الهبة وان كانت الحرية لا يقبل حكم اصل الهبة وهو ملك الرقة .

(كتاب العناق)

ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء لا اعلام المنادي الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادي استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر علي ما بينا ^و اذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنه بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام ^و يروى عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى شاذ انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لان الامر كما اخبر فانه ابن ابيه وكذا اذا قال يا بني او يا بنية لانه تصغير لابن والبنيت من غيرا صافة والامر كما اخبر

فصار قوله يا مولائي وقوله يا حر يا عتيق بخلاف قوله يا سيدي يا مالكي لانه ليس فيه ما يختص بالعتق لان في قوله يا مولائي ثبتت صفة في العبد من جانب المنادي وهواثبات ولاء عليه وذلك لا يكون الا بسابقة العتق وهو لاء العتاقة فيثبت العتق لانه مما يمكن اثباته في الحال من جانب المنادي اما قوله يا مالكي يا سيدي لا ثبت بهذين اللفظين صفة في العبد من جهة المنادي لانه لو ثبت بها الحرية لا يكون العبد سيدا وما كان لمولاه فحمل على الاكرام ولا يقال لم لا يحمل قوله يا مولائي على مولى المولاة حتى لا يعتق واللفظ محتمله كما يحتمل ولاء العتاقة لاننا نقول لم يجز عقد المولاة بينهما وهو عقد لا يقوم باحد الطرفين بل يقوم بهما فلم يمكن حمله عليه واما ولاء العتاقة فالمولى ينفرد باثباته لانه يثبت بالاعتاق والاعتاق مما ينفرد به المولى .

قوله ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء لا اعلام المنادي بالاستحضار فان قيل لم لا يحمل على المجاز وهو الحرية كفي قوله هذا ابني قلنا لو لم يحمل هناك قوله هذا ابني يلغو كلامه ^{ولا} واما قوله يا ابني لو لم يحمل على الحرية لا يلغو كلامه بل يحمل

اما الحرية لا تختلف ذاتا وحرما كما فامكن جعله مجازا عنه ولو قال هذا ابي اؤامي ومثله لا يولد لمثله فهو على الخلاف لما بينا ولو قال اصبي صغير هذا جدي قبل هو على الخلاف وقيل لا يعنق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة

لا زما بالبنوة فان قيل على ما قال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله ~~كان~~ ينبغي ان لا يصح قولهم هذا اسد لانسان الشجاع ولا خلاف لاحد في صحته فلما هذا ليس من هذا الباب فان الغرض منه التشبيه والمراد هذا كاسد ولو كان مستعارا فمبناه على التشبيه استعار الاسد للشجاع وادعى انه هذا الهيكل المخصوص مبالغة في التشبيه وانما يحصل الغرض هنا اذا لم يتصور حكم الحقيقة فلا يكون من هذا الباب في شيء وانه ظاهره

قوله اما الحرية لا تختلف ذاتا وحرما فان قيل الحرية الثابتة في قوله هذا ابني وهو كبر سامنه غير الحرية الثابتة بحقيقة البنوة ايضا كما في ارش البديع ما ذكره ذلك لان الحرية الثابتة بحقيقة البنوة موجبة للارث وحرمة المصاهرة وغيرهما من الاحكام والحرية الثابتة بقوله هذا ابني لا يثبت شيئا من ذلك فلما كانتا غيرين كانت مسئلتنا هذه عين مسئلة الارش فلما الحرية لا يتفاوت ذاتا وهو زوال الرق ولا يتفاوت حكما صليا وهو صلاحية القضاء والشهادة والولايات كلها وكانت الحريةين سواء وما ذكرته من الثمرات فلا يلبس اليه **قوله** وقيل لا يعنق بالاجماع والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان قوله هذا جدي لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب والاب غير مذكور في لفظه وهذا تصرف لفظي فتصح الاستعارة في المذكور في غير المذكور والمذكور لا موجب له بنفسه الا بواسطة غيره مذكورة فلا تصح الاستعارة بخلاف

اما اجما عا وصلة المقرابة واطلاق السبب واردة المسبب مستجاز في اللغة تجوز اولان الحرية ملازمة لبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه له في المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك خطأ فخرجهما صحيحين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش وانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما امكن اثباته فالقطع ليس بسبب له

قوله اجما عا وصلة المقرابة يعنى البنوة في المملوك سبب لحرية اما اجما عا على حسب الاختلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله فيما هو العلة فان علة الحرية قرابة الولادة عنده وعندنا القرابة المحرمة للمكاح نقل اما اجما عا باي علة كانت او للعلة التي قلنا وهي صلة المقرابة المحرمة للمكاح وكيف ما كان البنوة سبب لحرية واطلاق السبب على المسبب جائز مجازا بخلاف قوله اعتقتك قبل ان اخلق او تخلق فانه اضاف العتق الى حالة تنافي تصور الاعتاق منه اصل اوراسا فتعين الالغاء بخلاف ما اذا اتى بقطع يد صحيح اليد لان قطع اليد خطأ سبب لوجوب مال مكيف في سنتين لا يمكن ايجابه بدون القطع وما امكن ايجابه من مطلق المال لا يكون القطع سببا له فتعذر جعل الاقرار بقطع اليد مجازا عن الاقرار بمطلق المال على ان قطع اليد سبب لوجوب المال على العاقلة فلو جعل مجازا عن الاقرار بوجوب المال لكان هذا اقرارا بوجوب المال على العاقلة والاقرار على الغير باطل ولا يقال بانه لم لا يجعل اقرارا بما يخصه من الدية لان لازمة قطع اليد وجوب المال موزعا على العاقلة فبايجاب المال فصر على واحد من العوائل لا يكون لازمة قطع اليد فلا يصح المجاز بخلاف الحرية فانها لا تختلف باختلاف اسبابها فمما هو لازم لبنوة امكن ثبوته بالاقرار ومثبت بالاقرار عين ما كان

فامتنع اللاحق اوالاستدلال ولهذا امتنع النكاتب على المكاتب في غير
الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ولانه قريبة ملك قرابة مؤثرة في المحرمية
فيعتق عليه وهذا هو موثر في الاصل والولاد ملغي لانها هي التي يفترض وصلها
ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح

قوله فامتنع اللاحق اي بالقياس لان الحكم في الاصل ثابت مع منافاة
القياس فلا يجري في مثله القياس **قوله** اوالاستدلال اي امتنع دلالة النص
ايضالا لان قرابة الاخوة ادنى مرتبة من قرابة الولاد ويشترط في الدلالة مساواة
الفرع الاصل من كل وجه **قوله** ولهذا امتنع النكاتب بيان للفرق بين الولاد وغيره
قوله حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ايضا لكون الولاد ملغي في
الاصل وهو قرابة الولاد وقد اجمعنا بالعتق فيها عند الملك فكذا في القرابة
المؤيدة بالمحرمية وقد وجبت النفقة فيها وحرم النكاح تحقيقا للصلة المفترضة وتحريزا
عن القطيعة المحرمة فلان يعتق اولي اذ بقاء الملك اعلى من القطيعة ولا يقال ما ذكر من
وجوب النفقة لايلزم الخصم لانه لانفقة في غير الولاد عنده لانا نقول يلزمه لانه لما ثبت
وجوب النفقة لذى الرحم المحرم بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك لم يعتبر انكار
منكر بعده فان قيل ان حرمة النكاح اسرع ثبوتا من العتق الاترى ان حرمة النكاح تثبت
بالرضاع ولا يثبت به العتق فلم يلزم لذلك من ثبوت حرمة النكاح ثبوت العتق
فلنا كلا منافي حرمة كانت صيانة عن الذل تحقيقا للصلة وليس للرضاع اثر في وجوب
الصلة الاترى انه يجري التوارث ولا وجوب النفقة في الرضاع فعلمنا ان حرمة النكاح
لم تثبت في الرضاع صلة بل النص اثبت حرمة فيه كما اثبت حرمة نكاح المشركة فان
حرمة النكاح تثبت بالنساء غير القرابة وليس كلامنا فيه

ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه
انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه

قوله هذا ابني لان المذكور هو البنوة ومن موجه الحرية في الملك بلا واسطة
فتصح الاستعارة •

قوله ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى
انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه وجه ظاهر الرواية ما ذكر في مسئلة الجذانة لا موجب
لقوله هذا جدي الا بواسطة وتلك بواسطة غير مذكورة وكذلك قوله هذا اخي لا موجب
له الا بواسطة الاب والام لانه عبارة عن مجاوزة في صلب او رحم وتلك بواسطة غير
مذكورة وجه ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتق وهو رواية الحسن عنه
ان الاخوة في ملكه موجبا وهو العتق كما في قوله هذا ابني وذكر في المبسوط ان اختلاف
الروايتين في الاخ إنما كان اذا ذكره مطلقا بان قال هذا اخي فاما اذا ذكره مقيدا او قال
هذا اخي لابي ولا مي يعتق من غير تردد لما ان مطلق الاخوة مشترك قد يراد بها
الاخوة في الدين قال الله تعالى إنما المؤمنون اخوة وقد يراد بها الاتحاد في القبلة قال
الله تعالى والمال عاد احاهم هودا وقد يراد بها الاخوة في النسب والمشارك لا يكون
حجة بدون البيان وفي مجموع النوازل لو قال لغلame هذا عمي او قال هذا خالي او قال
لامنه هذه عمي او هذه خالتي يعتق ولو قال هذا اخي او هذه اختي لا يعتق لان الاخ
اسم مشترك بخلاف اسم العم والخال فان قيل البنوة ايضا تختلف بين رضاعة ونسب
فكيف يثبت العتق باطلاق قوله هذا ابني قلنا ان البنوة من الرضاع مجاز
والمجاز لا يعارض الحقيقة

لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى
 عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فنشأ به النفقة ومن اعتق عبدا
 لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم متق لوجود ركن الاعتاق من اهله في محله
 و وصف القرية في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين
 وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في
 الطلاق وقد بيناه من قبل وان اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق
 واما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بينا في كتاب الطلاق واما التعليق
 بالشرط فلانه اسقاط فيجري فيه التعليق بخلاف التملكيات على ما عرف في موضعه
 واذا خرج عبدا الحربي الينام مسلما عتق لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد الطائف حين
 خرجوا الينام مسلمين هم متقاء الله ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء
 وان اعتق حاملا عتق حملها تبعالها اذ هو متصل بها ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها
 لانه لا وجه الى اعتاقها مقصود العدم الاضافة ولا اليه تبعالما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق
 الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في
 البيع ولم يوجد ذلك بالاضافة الى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترا

الملك فان لم تجب الصيانة عن ادنى الامرين بالمحرمية بالرحم لا يدل على
 انه لا يجب عن الاعلى *

قوله لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والامة اذا اجتمعت على ان المراد بالمحرم
 المحرم بسبب القرابة **قوله** فشابه النفقة اي كما يجب على الصبي والمجنون نفقة الابوين
 وولدا المجنون وكل ذي رحم محرم منهما فكذا العتق على الملك **قوله** واما التعليق
 بالشرط فانه صحيح في الملك بخلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله **قوله** ولا استرقاق

ولا فرق بينما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة او المكاتب اذا اشترى اخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والاقتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقا لمقصود العقد ومن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يتكاتب على الاخ ايضا وهو قولهما فلنا ان نمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع

قوله ولا فرق بينما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام انما يفيد به لان الحربي لو ملك في دار الحرب ذارحم محرم منه لم يعتق عليه **قوله** لعموم العلة وهو المالك مع القرابة فان قيل العتق وجب صلة كالنفقة ولم تجب النفقة عند اختلاف الدين قلنا ايجاب النفقة يثبت بالنص باسم الوارث فاعتسر فيها الارث والعتق يثبت بالنص باسم ذي رحم محرم فلم يعتبر الارث **قوله** والاقتراض عند القدرة يعني صلة الرحم فرض ولكن القدرة شرط ولا قدرة للمكاتب على كتابة اخيه لان الكتابة نوع عتق ولا قدرة له على الاعتاق بخلاف الولاد لان مقصوده ان يعتق بجميع اجزائه فيسرى العتق الى قريبه ولاد تحقيقا لمقصوده ومن ابي حنيفة رحمه الله انه يتكاتب على الاخ وهو قولهما فلنا ان نمنع وحل وضع الزكاة لا يدل على حرمة صلة العتق فالزكاة نفسها صلة ولكن لم يعمل بين الاباء والابناء لان التملك لم يعمل للاشتراك في المنافع ولا كذلك بين الاخوين وكذا الشهادة لايه لا تصح لانه كالشاهد لنفسه من حيث انه جرنافع وقد عدم في الاخ وكذا وجوب القصاص لان الابن يقتل بابه قصاصا مع انه يعتق عليه بالملك فبين ان الواد انما لا يقتل اباه قصاصا مع انه يعتق عليه بالملك لان الشرع حرم عليه قصدا لآب كرامة لآب لانه يعتق عليه لو ملكه وكذا حل الحليلة لان الوحشة التي تلحق الانسان تحمل حليته لغيرة دون الوحشة التي تلحقه بلزوم الطاعة فها الحق

باب العبد يعتق بعضه

واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رحمه الله فاضافته الى البعض كصافته الى الكل فلم هذا يعتق كله لهم ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية وثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان وصاركا لطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاء

باب العبد يعتق بعضه

قوله واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر اي زال الملك عن ذلك البعض ولم يرد به حقيقة العتق وانما اراد به ثبوت اثره وهو زوال الملك وقد نص عليه في المبسوط انه لا يعتق شيء منه باعتاق البعض ولا خلاف ان الرق والعتق لا يتجزيان وانما الخلاف في الاعتاق وقال صاحب الميزان في طريقته ان المعنى من قولنا الاعتاق يتجزى ليس هوان ذات القول يتجزى او حكمه يتجزى بل معنى ذلك ان المحل في قبول حكم الاعتاق يتجزى فيتصور ثبوته في النصف دون النصف وحاصل الخلاف راجع الى ان اعتاق البعض هل يوجب زوال الرق عن الكل ام لا فعنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقا ولكن زال الملك بقدره وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل **قوله** وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رحمه الله فقوله مثل قولهما فيما اذا كان المولى واحدا او كان المعتق موسرا اما اذا كان معسرا يبقى ملك الساكت كما كان حتى يحوز له ان يبيع ويهب عنده على ما يجبي في الكتاب

ولو اعتق الحمل على مال صحيح ولا يجب المال اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم
الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه في حق العتق نفس على حدة واشترط بدل
العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وانما يعرف قيام الحمل وقت العتق
اذا جاءت به لا قبل من ستة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل .

قال وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل
ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاها وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجيح جانب
الام باعتبار الحضنة او لاستهلاك مائه بمائها والمنافة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف
ولد المغرور لان الوالد ماضي به وولد الحرية حر على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها في وصف
الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرفوقية والتدبير وامومية الولد والكتابة والله تعالى اعلم .

على المسلم ابتداء احتريزه عن الاسترقاق بقاء لان الرق جزاء الكفر لكنه في حالة
البقاء صار من الامور المحكمية فيصح بقاء كما يصح بقاء الاملاك بعد وجود اسبابها .

قوله ولو اعتق الحمل على مال بان قال لامته اعتقت ما في بطنك على الف درهم عليك
نفيلت ثم ولدت لا قبل من ستة اشهر فهو حرتيقتنا بوجود ما في البطن حين علق عنقه
بقبولها وقد وجد منها القبول **قوله** على ما مر في الخلع المذكور في باب الخلع ان اشترط
بدل الخلع على الاجنبي يجوز ولم يذكر اشترط بدل العتق على الاجنبي **قوله** وولد الامة
من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل اي الاصل ان يكون
حكم الجزء حكم الكل ولا معارض له فيه اي للاب في هذا الاصل لان الامة تتبع للمولى
فيكون ماؤها تبعه ايضا ولا معارضة بين التبع والاصل لعدم المساواة بخلاف ما
اذا كانت منكوبة فان ماءها يكون معارض المائه فيصار الى الترجيح فيرجح ماؤها لان ماءه
صار مستهلكا بمائها لان ماءها في موضعه وماؤه انتقل من موضعه والشئ في محله اقوى .

والمستعني بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتباً اذ هو مالك يدا لارقة والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للعتاق غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحاً للمحرّم والاستيلاء منجزى عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد

والاصل ان حكم التصرف لا يكون متعدياً عن محل التصرف الى محل آخر وانما يتعدى الى ما وراء ضرورة عدم التجزي والمالك منجز كما مر فيبقى على الاصل .

قوله والمستعني بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض يوجب ثبوت المالكية في كله اي باعتبار العتق لانه لا يتجزى اولانه لما اسقط ملكه عن بعض العبد وجب ان تثبت للعبد ولاية في ذلك البعض ولا تثبت المالكية في ذلك البعض الا بثبوتها في الكل **قوله** لانه اسقاط لا الى احد لان الكتابة اسقاط يده الثابتة الى العبد بالعوض فيكون عينه باقياً فيمكن رده اليه بواسطة انعدام البديل المقابل بها ولا كذلك في فصل السعاية لان التصرف انما يثبت له بواسطة سقوط الملك في البعض وهو اسقاط لا الى احد فلا يبقى ذلك فلا يمكن القول برده **قوله** والاستيلاء منجزى عنده جواب عن قولهم فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاء .

ولا يبي حنيفه رحمة الله تعالى عليه ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك وهو ازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع اوحق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لاحق غيره والا صل ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي الى ما وراء ضرورة عدم التجزي والملك منجزى كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحساس مالية البعض عند العبد

قوله ولا يبي حنيفه رحمة الله تعالى عليه ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة للملك ووجه المغايرة هو ان في الوجه الاول يكون الاعتاق اثبات القوة بواسطة ازالة الملك فتكون ازالة الملك علة والاعتاق وهو اثبات القوة حكمها وفي الوجه الثاني تكون ازالة الملك عين الاعتاق **قوله** والرق حق الشرع لانه جزاء الاستنكاف فان الكفار لما استنكفوا عن عبادة الله تعالى جازاهم بان جعلهم عبيد عبيده والجزاء ما يجب لله تعالى على مقابلة فعل العبد فيكون حقه ولهذا سمي القطع جزاء لانه خالص حقه **قوله** اوحق العامة لان الغانمين يستغنمونهم كما يستغنمون سائر الجمادات من الاموال فصار في حقهم بمنزلة الجمادات ليصلوا الى الانتفاع بهم ويكون معونة لهم على اقامة التكليف فلو جعلنا الاعتاق ازالة للرق قصد الكان العبد مبطلا لحق الغير قصد اولو جعلناه ازالة للملك قصد اثبت في ضمنه زوال الرق وثبوت العتق لكان فيه ابطال حق الغير ضمنا والمرء لا يتمكن من ابطال حق الغير قصدًا ويمكن من ابطال حق نفسه قصدًا ثم يبطل به حق غيره ضمنا الا ترى ان العبد المشترك اذا اعتق احدهما نصيب صاحبه لم يجز ولو اعتق نصيبه يتعدي الى نصيب صاحبه بالعتق والفساد ضمنا **قوله** وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لاحق غيره

كما اذا هبت الريح في ثوب انسان والفته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان او معسرا لما قلناه فكذا هنا الا ان العبد فقير فيمنعه

فيميل الساكت الى ايهما شاء وعندهما لما كان لا ينجزى عنق الكل فلا يتصور احتباس المالة في يد العبد غير ان المعتق ان كان موسرا فعليه الضمان وان كان معسرا فعليه السعاية بالنص ثم اختلفت الرواية من ابي حنيفة رحمه الله في رواية اذا اختارا لعنق او لسعاية علم انه هو الواجب من الاصل وعندهما الضمان هو الاصل وثمره الخلاف تظهر فيما اذا مات العبد او المعتق الموسر قبل التضمين او الاستسعاء فعلى الرواية الاولى له حق التضمين لان الضمان هو الاصل فلا يسقط بالموت كما في الغصب وعلى الرواية الثانية ليس له ذلك لان الضمان يثبت بشرط ملك المضمون وذلك لا يتصور بعد الموت وكذا لو مات العبد وترك اكسابا فعلى الرواية الاولى ليس له اخذ الاكساب بطريق السعاية لان الضمان هو الاصل فيكون استكسابا بعد الموت وذلك لا يجوز بعد موت العبد وعلى الرواية الثانية له ان يأخذ الاكساب لان الواجب احدهما فتبين ان الواجب من الاصل هو الاستسعاء فيكون اكتسابا قبل الموت ويموت المكاتب لا تبطل الكتابة بأخذ الاكساب*

قوله كما اذا هبت الريح في ثوب انسان والفته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان او معسرا لما قلنا اي احتبست ماله عنده فان قيل هذا القياس وقع معارض الحديث القسمة وهو قوله صلى الله عليه وسلم ان كان هنيئا ممن وان كان فقيرا سعى العبد وكل قياس هو مخالف للنص فهو مردود قلنا ذكر القسمة في الحديث بلفظ الشرط وهو يقتضي الوجود عند الوجود ولا يقتضي العدم عند العدم على اصلنا فجاز له ان يستعصى عند وجود الدليل وان كان موسرا

وفائدة القسمة نهي الضمان لو كان فقيرا

ملكه بالضمان فكمّل الاستيلاد وإذا كان العبد بين شريكين فاعتق أحدهما نصيبه عتق فإن كان موسراً فشريكه بالخيار إن شاء اعتق وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وإن شاء استسعى العبد فإن ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وإن اعتق أو استسعى فالولاء بينهما وإن كان المعتق معسراً فالشريك بالخيار إن شاء العتق وإن شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال ليس له إلا الضمان مع اليسار والحماية مع العسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبشّي على حرفين أحدهما تجزّي العتاق وعدمه على ما بيناه والثاني أن يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه إن كان غنياً ضمن وإن كان فقيراً سعى في حصة الآخر قسم والقسمة تنافي الشركة ولأنه احتبست ماله نصيبه عند العبد فله أن يضمه

قوله ملكه بالضمان وإنما يملكها بدون رضا الساكت لأنه لما ثبت النسب تحققت العلة لثبوت العتق بها وعملت عملها في بعض المحل فتحققت الضرورة إلى تملك نصيب صاحبه إذا عمل بالعلة في البعض دون البعض غير مشروع كمن استولى على مباح وأراد أن يملك البعض دون البعض وتملك مال الغير عند الضرورة يبدل يعدله جائز في حالة المخمصة وهذا بخلاف ما إذا استولدها بالنكاح لأنه ثمه لم تعمل العلة في شيء منها وتأخر عمل العلة إلى زمان وجود الشرط جائز **قوله** تبشّي على حرفين والحرف الثاني يرجع إلى الحرف الأول لأن الاعتاق لما كان ينجز لم يعتق نصيب الساكت وبقي مملوكاً له لكن بصفة الفساد لا يجوز بيعه ولا هبته وقد وجد جهنا الضمان من المعتق بالافساد بطريق النسب وبالثاني احتباس الماله في يد العبد

مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه فاق مقام
 الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولانه ملكه باء الضمان
 صمنا فيصير كان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستععي ان شاء والولاء
 للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه باء الضمان وفي حال اعسار
 المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استععي لما بينا والولاء له في الوجهين لان العتق
 من جهته ولا يرجع المستععي على المعتق بما ادى باجماع بيننا لانه يسعى لفكاك رقبته
 او لا يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء عليه نعسرته بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن
 المعسر لانه يسعى في رقبة قد فكك او بقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقول
 الشافعي رحمه الله في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه
 يباع ويوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان

قوله مما سوى الاعتاق وتوابعه مثل التدبير والاستيلاء **قوله** لما بينا اي احتسبت ماله
 نصيبه **قوله** ولانه ملكه بالاداء ضمنا كما ينبغي ان لا يتملكه لانه مكاتب قال انما يملك ضمنا
 لاداء الضمان لا فسادا والضمانيات لا تعتبر وفي حال اعسار المعتق ان شاء اعتق وان شاء استععي
 والولاء له اي في نصيبه **قوله** باجماع بيننا احترز به عن قول ابن ابي ليلى ان عنده يرجع
 لعبد بما سعى على المعتق لانه يسعى لفكاك رقبته عند ابي حنيفة رحمه الله
 او لا يقضي دينا على المعتق على قولهما لانه حرمدون عندهما فيقضي دينا
 عليه لا على المعتق بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر حيث يرجع على
 المعتق باعتبار انه يسعى في رقبته فدهكت على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وباعتبار
 انه يقضي دين المعتق على قولهما وقول الشافعي رحمه الله تعالى عليه
 في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب
 وهذا يخالف النص وهو قوله عليه السلام من اعتق شتصا من عبد عتق كله ليس الله فيه

(كتاب العتاق ... باب العبد يعتق بعضه)

ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار
الغنى لان به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق مقصده المعتق من القرينة وايصال بذل
حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهرا فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد
لعدم السعاية عليه في حالة اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من جهة لعدم التجزي
وأما التخريج على قوله فخير الا عتاق لقيام ملكه في الباقي اذ العتاق ينجز عند
والنضمن لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك

قوله ثم المعتبر يسار التيسير وذكري العيون وهو المختار ان الموسر في ضمان
العتق من يملك ما يساوي نصف المعتق سوى المنزل والخادم ومتاع البيت
وثياب الجسد وتعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم الاعتاق فكذا حال
المعتق في يساره واعساره وان قال اعتقت وانا معسر وقال الساكت بخلافه ونظر
اليه يوم ظهر العتق كما في الاجارة اذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه واختيار الساكت
في تضمين المعتق ابراء للعبد واختياره ان يقول اخترت ان اضمنك او يقول اعطني حتي
وهن محمد رحمه الله ان ينرا ضيا على الضمان او يقضي به القاضي وفي الروايات
كلها اذا اختار الاستسعاء لم يملك تضمين الشريك لانه ليس في الاستسعاء نقل الملك
فلا يتوقف على قضاء ولا رضاء بخلاف التضمين ولومات العبد قبل ان يختار الساكت
شيثافعن ابي حنيفة رحمه الله ليس له تضمين المعتق لان التضمين بشرط نقل الملك الى
المعتق وقد فات النقل بالموت وفي المشهور عنه له التضمين لان الضمان تستند الى حاله
الاعتاق كما في تضمين المتلفات وعندهما الضمان واجب ولو باع الساكت نصيبه من المعتق
او وهب على عوض فالقياس ان يجوز كالتضمين وفي الاستحسان لان هذا تمليك
للمحال وهو غير محل له بخلاف التضمين فانه تضمين من وقت الاضداد وهو محل له

قال ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانوا معسرين عند أبي حنيفة رحمه الله وكذا إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتباً في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويمتنع به لا نأتيهنا بحق الاستمعاء كاذباً كان أو صادقاً لأنه مكاتبه أو مملوكه فلهذا يستعيان ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لأن حقه في الحالين في أحد شيئين لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمن لأنكار الشريك فنعبر الآخر وهو السعاية والولاء لهما لأن كلامهما يقول عتق نصيب صاحبه عليه باعتاقه وولاية له وعتق نصيب السعاية وولاية لي وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أن كانا موسرين فلا سعاية عليه لأن كل واحد منهما يتبرأ من سعائه بدعوى الاعتاق على صاحبه لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما إلا أن الدعوى لم تثبت لأنكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبتت لأقراره على نفسه وأن كانا معسرين سعى لهما لأن كل واحد منهما يدعى السعاية عليه صادقاً كان أو كاذباً على ما بيناه إذا لمعتق معسراً أن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى للموسر منهما لأنه لا يدعى الضمان على صاحبه لاعساره وإنما يدعى عليه السعاية ولا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لأنه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئاً

قوله ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه وهذا بعد أن يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لأن كل واحد منهما يدعى العتق على صاحبه وجوب الضمان له والسعاية على العبد وصاحبه ينكر فيحلف كل واحد منهما الآخر كذا في الإيضاح **قوله** كاذباً كان أو صادقاً لأنه ان كان صادقاً كان العبد بمنزلة المكاتب في حقه عند أبي حنيفة رخصاً كان كاذباً كان العبد مملوكاً وإياهما كان فله ولاية في سعائه واستهكسابه **قوله** ولا يختلف

(كتاب العتاق باب العبد يعتق بنفسه)

ولا يرض به ولا الى اعتاق الكل للاصرار بالملك حتى يفتن ما يهنا
قلنا الى الامتنع سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل يستني على احتباس المالكة فلا يهجر
الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السائب لها في شخص واحد

شريك وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر كلف عتق بقيقته ولو بقي رفيقا كما كان
لم يكلف متق نفسه وقال ابن ابي ليلى اذا استسعى العبد يرجع على المعتق لانه الزمه
هذه العهدة قصدا وقلنا هذا ضمان له بدل وهو حصول العتق له وكل ضمان له بدل
لا يثبت الرجوع اولانه لم يلزمه هذه العهدة قصدا وانما يلزمه هذا في ضمن صحة تصرف
المالك وكم من شئ يثبت ضمنا وان كان لا يجوز قصدا وقول زفر رحمه الله كقول
ابن ابي ليلى رحمه الله الان عند زفر رحمه الله يرجع المعتق على العبد ايضا وعند ابن
ابي ليلى رحمه الله لا يرجع المعتق على العبد لانه صامن نصفه وقال ربيع وهو استاذ مالك
رحمه الله اذا عتق احد الشريكين لا يعتق اصلا كيلا يتضرر شريكه وقد نال عليه السلام
لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قلنا ان هذا النص مشترك الدلالة فانه لو لم ينفذ تصرفه في ملكه
التام لتضرره وروي ان ابا يوسف رحمه الله ناظر مع الربيع في هذه المسئلة فقال ارايت
اورضي به صاحبه فتحير الربيع وانما تحير لانه لو قال جاز كان فيه ترك مذهبه ولو قال
لم يجز لكان فيه ابطال علمه وقال بشر رحمه الله يعتق كله كما قال الا ان الضمان على المعتق
موسرا كان او معصرا فاما على ائلاف سائر الاموال ونحن تركنا القياس بالنص وهو قوله
عليه السلام من اعتق شقفا من عبد بينه وبين غيره ان كان موسرا ضمن نصيب
صاحبه والا سمي العبد غير مشقوق عليه اي على العبد وهذه المثلثة ممددة
لما فيها من الاقوال الستة *

قوله ولا راعى به اي العبد غير راض بفعل الاتاق لان الرضاء لا يتحقق
الا بعد العلم والمولى منفرد بالاتفاق فلا يكون العبد مالما به فلا يكون راضيا

وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الأب لأنه ملك شقص قريبه وشراء
اعتاق على مامر ولا ضمان عليه علم الآخر أنه ابن شريكه أولم يعلم وكذا إذا ورثاه
والشريك بالخيار أن شاء اعتق نصيبه وأن شاء استسعى العبد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله
وقال في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسرا وإن كان معسرا سعى الابن
في نصف قيمته لشريك أبيه وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بهبة أو صدقة أو وصية وعلى هذا إذا اشتراه
رجلان واحد هما قد حلف بعتقه أن اشترى نصفه أي هما أنه بطل نصيب صاحبه بالاعتاق لأن
شراء القريب اعتاق وصار كما إذا كان العبد بين أجنيبين فاعتق أحد هما نصيبه وأنه رضي
بإفساد نصيبه فلا يضمنه كما إذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا أو دلالة ذلك أنه شاركه فيما هو
علة العتق وهو الشراء لأن شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة عندنا

بالشروع والتوزيع فإن قيل في التوزيع فساد أيضا وهو إسقاط السعاية عن غير المعتق
والجواب للمعتق قلنا نعم لكن بطريق الضرورة فإنا لو لم نقل بالتوزيع قلنا بوجوب كل
السعاية كما قال محمد رحمه الله كان فيه إبطال حق العبد من كل وجه ولو قلنا بالتوزيع كان فيه
إبطال حق غير المعتق من وجه فكان التوزيع أولى •

قوله وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الأب أي زال ملكه عن حصته
قوله وكذا إذا ورثاه صورته امرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت المرأة عن أخ
وزوج كان النصف للزوج يعتق عليه أو كان الرجلان ابن عم وله جارية فزوجها
أحدهما فولدت ولدا ثم مات ابن العم فورثاه عتق الولد على الأب أو امرأة لها زوج
بواب ولها غلام وهو أبوزوجها فماتت هذه المرأة صار غلامها ميراثا بين زوجها وأبيها
قوله وله أنه رضي بإفساد نصيبه فلا يضمنه كما إذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا بأن قال له اعتق
نصيبك فإنه لا ضمان له **قوله** ودلالة ذلك أنه شاركه فيما هو علة العتق أي علة علة العتق

للعبد من السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لان كل واحد منهما يحصله على صاحبه وهو تبرء عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى العبد ولا يدري دخل ام لا اعتق النصف وسمى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يسعى في جميع قيمته لان المقضي عليه بمقروط السعاية مجهول ولا يهك القضاء على المجهول فصار كما اذا قال غيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هذا ولهما ان اتفقا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانت بيقن ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشروع والتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه لابعينه او بعينه ونسبه ومات قبل التذكرة او البيان ويتأتى التفرع فيه على ان اليسار هل يمنع السعاية ولا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ولو حل فاعلى عبد من كل واحد منهما لا حد هما لم يعتق واحد منهما لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذلك المقضي له فنفا حشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلوم فغلب المعلوم المجهول

ذلك باليسار والاعسار لان حقه حالتي اليسار والاعسار في احد الشريكين التضمن او السعاية ولا يمكن لكل واحد منهما تضمين الشريك للحدود الشريك الاعتاق من جهته فتعين السعاية ويكون الولاء بينهما لان كل واحد منهما يعترف ان نصف الولاء لصاحبه بالاعتاق والنصف له بالسعاية فيكون الامر في حقهما على ما اتفقا عليه .

قوله ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل وبه فارق الشهادة بالعتق فهناك لم يتيقن بسقوط شيء من السعاية من العبد لجواز ان يكون كل واحد منهما كاذبا فيما يشهد به على صاحبه **قوله** والجهالة ترتفع

ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبايعه شيئا عنده والوجه
 قد ذكرناه واذا كان العبد بين ثلثة نفر فدبر احد هم وهو مو سرثم اعتقه
 الآخر وهو مو سر فارادوا الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق
 والمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا
 عند ابي حنيفة رحمه الله وقال العبد للذي دبره اول مرة ويضمن ثلثي قيمته
 لشريكه مو سرا كان او معسرا واصل هذا ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة رحمه الله
 خلا فالهما كالا عتاق لانه شعبه من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان متجزيا عنه اقتصر
 على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه او
 يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستمعى العبد او يتركه على حاله لان نصيبه
 باق على ملكه فاسدا با فساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر
 فاذا اختار احد هما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان
 تدبير المدبر وعتاق هذا المعتق غير ان له ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة

رضي بالحب حين شاركه في علة العتق وهو الشراء فان قيل الرضاء بالشرط من المرأة
 كالرضاء بالسبب في اسقاط حقها عن الارث فليكن في مسئلة الضرب كذلك قلنا القرار يثبت
 بشبهة العدوان فيبطل بشبهة الرضاء بمباشرة الشرط وهذا الضمان وجب بحقيقة العدوان وهو
 الاتلاف والافساد فلم يبطل الا بحقيقة الرضاء صريحا وبمباشرة العلة دون الشرط .

قوله ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله قيد به لانه اذا اشترى من احد الشريكين
 نصيبه يضمن للآخر بالاجماع **قوله** والوجه قد ذكرناه وهو ما ذكرناه رضي بافساد نصيبه
قوله فارادوا الضمان هذا على طريق التغليب حيث ذكر بلفظ الجمع والمعتق لا يريد
 الضمان اصلا **قوله** فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب ومعنى ثبوت هذه

(كتاب العتاق ... باب العبد يعتق بعضه)

وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك الامر ولا يعلم الامر بملكه وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الاخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب لانه ماضي بافساد نصيبه وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالوا لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ومن اشترى نصف ابنته وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالوا يضمن اذا كان موسرا

قوله وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما انما قيد بقوله في ظاهر قولهما لانه روي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه ان هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه في رواية ان ضمان الاعتاق ايضا ضمان تملك حتى لا يسقط حق الشريك في التضمين بالاذن **قوله** حتى يختلف باليسار والاعسار هذا ايضا لقوله ضمان افساد اي ضمان افساد نصيب الساكن يكون ضمان التسبيب وذلك مبني على صفة التعدي فاذا كان يختلف باليسار والاعسار اذا الموسر متعدا لانه يكون لاجراز ثواب الاعتاق ويمكن له ذلك بطريق آخر وهو اعتاق عبد غير مشترك فلا يكون مضطرا في ذاك المعسر مضطرا اليه فلا يكون متعديا **قوله** ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه وروي الحسن بن زياد عنه انه فرق بين العلم وعدمه لان رضاه لا يتحقق اذا لم يكن هالما به فان قيل لو قال احد الشريكين لآخر ان ضربت العبد اليوم سوطا فهو حر فضر به سوطا يضمن الخالف للضارب ان كان موسرا قلنا اضرب شرط والرضاء بالشرط لا يكون رضاه بالمسبب وهذا

وقيمة المدبر ثلثا قيمته فاعلى ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمنان من جهة الساكت لان ملكه
يثبت مستند او هو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمنين والولاة بين المعتق والمدبر
اثنان ثلثا للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن التدبير
متجزيا عندهما صار كله مدبر للمدبر وقد افسد نصيب شريكه لما بينا في ضمنه ولا يخلف باليغار
والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاء بخلاف الاعتاق لانه ضمان جنائية والولاة كلكه للمدبر
وهذا ظاهر قال واذا كانت جارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه وانكر الآخر

قوله وقيمة المدبر ثلثا قيمته فاعلى ما قالوا فيه اشارة الى ان فيه اختلافا قال بعضهم قيمته نصف
قيمة القن وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الخرز
والظن **قوله** ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمنان من جهة الساكت لان الاعتاق وجد قبل
تملك المدبر نصيب الساكت ولكنه يستعصى العبد في ذلك ولو ضمن الساكت المدبر
نصيبه ثم اعتقه الثاني كان للمدبر ان يضمن المعتق ثلثي قيمته ثلثه مدبر او ثلثه قن لان
الاعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله ان يضمن كل ثلث نصيبه ويرجع المعتق
على العبد بما ضمنه للمدبر وانما يضمن اذا كان موسرا لانه ضمان الاعتاق وانه
يختلف باليسار والاعسار فان قيل المضارب بالنصف اذا اشترى برأس المال وهو الف
عبدين قيمة كل الف فاعتقهما رب المال عتقا وضمن نصيب المضارب موسرا كان
او معسرا وهذا ضمان عتق ومع هذا لا يختلف قلنا هذا ضمان اعتاق هو افساد لاضمان
مراية الفساد والاصل ان فساد الملك متى كان بطريق السراية كالعبد المشترك اذا اعتق
احدهما نصيبه يختلف الضمان باليغار والاعسار ثم الضمان يجب بافساد الملك لان الاعتاق
صادف كل واحد منهما ملكا لرب المال لا شغاله برأس المال غير انه انما يضمن
للمضارب رب المضارب بمالية ربع كل واحد من العبد **قوله** هو ثابت من وجه

اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا وامكن ذلك في التدبير
لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق
لانه عند ذلك (مدبر) مكاتب او حر على اختلاف الاصلين ولا بد من رضاء
المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا فيضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن
المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمن يتقدر بقيمة المتلف

الخيارات ان تصح منه هذه التصرفات ان فعل ما لا يؤدي له في الاعتاق والاستسعاء ما فيه
من افساد نصيب الشريك لانه كان متمكنا من الانتفاع بنصيبه على ملكه الى وقت
الموت وبعد الاعتاق والاستسعاء لا يمكن فاذا اعتقه الآخر بقي هذه الخيارات للمالك

قوله اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة عندنا الاصل في ضمان المال
ثبوت الملك في المضمون تحقيقا للمعادلة حتى صح اقرار المأذون بالغصب فان قبل
لو كان الغصب ضمان معاوضة لبطل القضاء بالضمان بالافتراق لا من قبض فيما اذا غصب
مدهن فانه كسر عنده وقضي عليه بقيمته من الدنانير وافتراقا عن قبض ومع هذا لا يبطل
القضاء فلنا الغصب ليس بموضوع لاثبات الملك وانما يثبت الملك ضرورة ان لا يجتمع
البديل والمبدل في ملك رجل واحد فلا يظهر كونه معاوضة فيما عداه اذا ثبت ضرورة
لا يعد وموضعها **قوله** لانه عند ذلك مدبر اي عند الاعتاق مدبر وفي بعض النسخ لانه عند
ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين ولا بد من رضاء المكاتب بفسخه وهذا غير
صحيح لانه عند الاعتاق ليس بحر ولا مكاتب والمستعفي عند ابي حنيفة رحمه الله
وان كان بمنزلة المكاتب لكنه لا ينفع هذه الكتابة بالعجز ولا بالنفاسخ وانما الصحيح
عند الاعتاق مدبر فانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك ملك كذا نقل من ابن المصنف
وقبل المراد بقوله حرانه مدبر كني بالحرية عن التدبير لانه يقتضي عليها

وعلى هذا الاصل تبني عدة من المماثل او ردناها في كفاية المنهي

انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها ويريد به انه لا يجعل المقر كالمستولد حتى يستسعيها المنكر والاستعلاء للاخراج عن الرق عند تعذر استدائه الرق فيها ولم يوجد لها المقر يزعم انها ام ولد صاحبه فله ان يستديم الملك الى موته والمنكر يزعم انها فيه مشتركة بهما بخلاف ما اذا شهد احدهما على صاحبه بالعتق ففي زعم المقر تعذر استدائه الملك فيها وليس للمقر ان يستخذمها لانه يزعم انها ام ولد الغير ولا ان يستسعيها لانه بدعوى الاستيلاء يدعي ضمان التملك ويتبرأ من السعاية وان مات المنكر عتقت لانقرار المقر انها كانت ام ولده وقد عتقت بموته وزعم المنكر انها مشتركة وان اقرار الشريك فيها نافذ ثم يسعى في نصف قيمتها لورثة المنكر.

قوله وعلى هذا الاصل اي اصل ان ام الولد لا تقوم عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تقوم تبني عدة من المسائل منها اذا مات احدهما حتى عتقت لم يسع الآخر عنده وعندهما يسعى ومنها انها اذا ولدت فادعاه احدهما يثبت نسبه منه ولا شيء لشريكه عليه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده وعندهما يضمن نصيب شريكه ان كان موسرا وسعى الولد في نصف قيمته ان كان معسرا ومنها امة حبلت بيعت فوالت لافل من ستة اشهر بعد البيع ثم ماتت الام عند المشتري فادعى البائع الوالد صح وعلى البائع ان يرد جميع الثمن ولم يكن له ان يحبس بازاء الام شيئا عنده وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن ومنها اذا غصب ام ولد فهلكت عنده لم يضمن شيئا عنده خلافا لهما وذكر محمد رح في الرقيات ان عند ابي حنيفة رحمه الله ام الولد يضمن بالغصب على نحو ما يضمن الصبي الحر حتى لو ماتت حتف انفسها لم يضمن الغاصب ولو قربها الى مسبعة فافترسها اسبع يضمن لان هذا ضمان الجناية لا ضمان الغصب الا ترى انه يضمن الصبي الحر

فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالوا ان شاء المنكر امتسعي الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرارا لمقر عليه كانه استولد ما فصار كما اذا اقر المشتري على المباح انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فيخرج الى الاعناق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت ولابي حنيفة رحمه الله ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرء عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاء والضمان والاقرار بامومية الولد ينضم الاقرار بالنسب وهذا امر لازم ولا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كما لمحتولد وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موثر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يضمن نصف قيمتها لان ماليتها ام الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما

دون وجه لانه من حيث انه ثبت ابتداء عند اداء الضمان لم يكن ثابتا قبله ومن حيث انه مستند الى سبب وجوب الضمان يكون ثابتا قبل اداء الضمان فيكون ثابتا من وجه دون وجه فيظهر في حق الضمان والمضمون له دون غيرهما لما عرف ان الثالث بالضرورة يتقدر بقدرها .

قوله فهي موقوفة يوما اي عن خدمة سيدها ويكتسب فيه ما ينفق على نفسها **قوله** ثم تكون حرة لا سبيل عليها لانها لما ادت النصف فتق النصف فعتق الكل عندهما ضرورة عدم التجزي **قوله** كام ولد النصراني اذا اسلمت فانها تقوم قيمة عدل وتسعى في قيمتها لتعذر ابقائها في ملك المولى ويده بعد اسلامها واصراره على الكفر فيخرج الى الحرية بالسعاية **قوله** فلا يمكن ان يجعل المقر كما لمحتولد جواب لابي حنيفة رحمه الله من قولها

وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فانترفا وفي ام ولد النصراني
فقضينا بتكاتبها عليه دفعا للضرر من الاجانبين وبدل الكتابة لا يفتر وجوبه الى التقوم .

فصار في صفة المالية كان الا حراز لم يوجد اصلا فلا يكون ما لا متقوما وقوله والا حراز
للتقوم تابع الا حراز للنسب فكانت محرزة ا حراز المنكوحات لا ا حراز
المملوكات فلا يعتبر الا حراز للتقوم .

قوله وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت هذا يناقض ما ذكر في التدبير من قوله ثم جعله
سببا في الحال اولى بوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان
اهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية الى زمان بطلان الاهلية ويمكن ان يقال
الاصل ان المعلق سبب عند وجود الشرط والتدبير تعليق العتق بالموت فكان امتناع البيع
والهبة ضرورة تحقيق مقصود المدبر وينعقد سببا للحرية عند الموت كما في سائر التعليقات
ولهذا اعتبر من التلت بعد قضاء الديون فظهر ان المراد من قوله وفي المدبر ينعقد السبب
بعد الموت اي في حق سقوط التقوم وثبوت الحرية وبدل عليه انه اخرج هذا الكلام بمقابلة
ام الوالد ومن قوله في باب التدبير جعله سببا للحال اولى في حق امتناع البيع والهبة
فيرتفع التناقض **قوله** فقضينا بتكاتبها اي جعلناها هذا في معنى المكاتبه دفعا للضرر من
الاجانبين من جانب ام الوالد ومن جانب النصراني وبدل الكتابة لا يفتر وجوبه الى
التقوم لانه مقابل بفك العجز وبك العجز غير متقوم لانه اسقاط اولان ملكه فيها محترم
وان لم يكن متقوما وقد احتبس عندها المعنى من جهتها فيكون مضمونا عليها عند الاحتباس
وان لم يكن ما لا متقوما كالقصاص فانه ليس بمال متقوم ثم اذا احتبس نصيب احد الشريكين
عند القابل يلزمه بدله او يقال ان الذمي يعتقد فيها المالية والتقوم ويحزره لذلك لانه يعتقد
جواز بيعها وانما بني في حقهم الحكم على اعتقادهم كافي مالية الخمر والله اعلم بالصواب .

وجه قولهما انها منتفع بها وطئا واجارة واستخدا ما وهذا هو دلالة النقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية وهذا آية النقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها فنه على ما قالوا الفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفاتت منفعة البيع اما السعاية والاستخدام فباقيان ولا يبي حنيفة رحمه الله تعالى ان النقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للنقوم والاحراز للنقوم تابع ولهذا لا يسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في اسقاط النقوم

بمثله والذي يوضح كلام ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه ان الباقي للمولى على ام واده ملك الخدمة والمنعة وملك المتعة والمنفعة لا يضمن بالا تلاف ولا بالغصب بخلاف المدبرة فالباقي عليها ملك المالمية حتى يقضى دينه من مالميتها بعد موته والمال يضمن بالا تلاف كذا في المبسوط .

قوله وجه قولهما انها منتفع بها وطئا واجارة واستخدا ما وهذا هو دلالة النقوم لان الوطى لا يستباح الا بملك النكاح او اليمين ولم يوجد الا اول فتعين الثاني وبقاء الملك آية بقاء المالمية والنقوم اذ المملوكية في الآدمي ليست غير المالمية والنقوم وحق الحرية لا ينافي النقوم اذ هو عبارة عن استحقاق لا يرد عليه الا بطل بالبيع ولا ينافي بينه وبين النقوم **قوله** ولا يبي حنيفة رحمه الله تعالى ان النقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للنقوم لان الآدمي ليس بمال متقوم في الاصل لانه مخلوق ليكون مالكا للمال لا ليصير مالا ولكن متى صار احرازه على قصد التمول صار مالا متقوما فثبت به ملك المتعة تبعافاذا حصنها واستولدها ظهر ان احرازه لها كان ملك المتعة لا قصد التمول

فما اصاب المحقق بالاول لغاوما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلثة الارباع
ولانه لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو اريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتصرف فيعتق
منه الربع بالثاني والنصف بالاول واما الداخل فمحمدرحمه الله تعالى يقول لما دار الايجاب
الثاني بينه وبين الثالث وقد اصاب الثالث منه الربع فكذلك نصيب الداخل
وهما يقولان انه دار بينهما وتضيته التنصيف وانما نزل الى الربع في حق الثالث لاستحقاقه
النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف

لان الكلام الاول كان دائرا بينهما فاذا اعتق الثالث بالكلام الثاني يعتق
الخارج بالكلام الاول ولا يبطل الايجاب الاول لان حال وجود الايجاب الاول كانا
رفيقين بيقين لان العتق على الثالث انما يقع بالايجاب الثاني بعد وجود الايجاب الاول
بخلاف المسئلة الاولى وان قال عني بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان
الكلام الاول فان لم يبين المولى شيئا ومات احداهم فالموت بيان ايضا فان مات الخارج تعين
الثابت بالايجاب الاول لزوال المزا حرم وبطل الايجاب الثاني وان مات الثالث تعين الخارج
بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثالث يزا حرمهما ولم يبق وان مات
الداخل خير في الايجاب الاول فان عني به الخارج تعين الثالث بالايجاب الثاني
وان عني به الثالث بطل الايجاب الثاني لما مر فان لم يمت واحد منهم واكن مات المولى
قبل البيان شاع العتق بينهم على اعتبار الاحوال فان قيل ينبغي ان يعتق كل واحد
ولا يسعى في شيء خرجوا من الثلث اولا عند ابي يوسف ومحمدرحمهما الله لان
الاعتاق عندهما لا يتجزى فاذا ثبت في بعضه ثبت في كله قلنا الاعتاق عندهما لا يتجزى
لانه صادف محلا معلوما اما اذا ثبت بطريق التوزع باعتبار الاحوال فلان لا يستد ثبت
ضرورة والثابت بها يتقدر بقدرها ولا يعدو موضعها *

قله فما اصاب المحقق بالاول لغا فان قيل لم لا ينصرف ما اصاب الثالث من

باب عتق احد العبدین

ومن كان له ثلاثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول ثلاثة اربعة ونصف كل واحد من الآخرين عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى عليه وقال محمد رحمة الله تعالى عليه كذلك الا في العبد الاخير فانه يعتق ربعة اما الخارج فلان الايجاب الاول دائريته وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فوجب عتق رقبة بينهما لا ستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لان الثاني دائريته وبين الداخل فيتصرف بينهما غير ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفه

باب عتق احد العبدین

قوله ثم مات وام يبين ومادام حيا يؤمر بالبيان لان الابهام منه فان عني بالكلام الاول الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثاني لانه عتق دائريته الحر والعبد فان قيل العتق المبهم معلق بشرط البيان ولهذا كان المبيان حكما الانشاء فلا يصيرجا معا بين الحر والعبد فينبغي ان لا يبطل الايجاب الثاني قلنا العتق المبهم وان كان معلقا بشرط البيان الا ان البيان انشاء من وجه اظهر من وجه فالنظر الى كون البيان انشاء يقتضي ان لا يبطل الاعتاق الثاني فيفيد العتق في الداخل والنظر الى كونه اظهرا يقتضي ان يبطل والعنق في الداخل لم يكن فلا يثبت بالشك فبطل الايجاب الثاني وان عني بالكلام الاول الخارج عتق الخارج بالكلام الاول ويؤمر ببيان الكلام الثاني لصحته لكونه دائريا بين العبدین هذا اذ ابدء بالكلام الاول فان بدء بالكلام الثاني وقال منبت به الثابت عتق الخارج بالكلام الاول

ومن قال لعبدیه احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي عتق الآخر لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن والتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصود ان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة

الايجاب الثاني من كل وجه كما مروا ما الطلاق فلا تجزئ فاذا اصابها جزء من الطلاق صارت مطلقة فكان جا معابين مطلقة وغير مطلقة فان لا احد بكما طالق فلا يصح انشاء لوقوعه اخبار ان لم يصح الايجاب الثاني بكل حال ولان العتق الملبهم معلق بشرط البيان فلا يكون الايجاب الثاني مترددا بين الصحة والبطان واما الطلاق في حق البراءة عن المهر لا يقبل التعليق بالشرط فيكون الايجاب الاول في حق هذا الحكم وهو البراءة عن المهر مترددا بين الصحة والبطان فنزل حكمه وهو سقوط نصف المهر لكان التردد الى الربع موزعا على الثابتة والداخلية فيعيد سقوط الثمن من مهر كل واحد منهما والفرق لابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه يوجد شخص متردد الحال بين الحرية والرق ويكون محلا لانشاء العتق وهو المكاتب والثابت بهذه المثابة لتردد حاله بين الرق والعتق فيكون محلا للايجاب الثاني فامكن تصحيح الكلام الثاني من هذا الوجه بكل حال فاما في الطلاق فلا يوجد شخص متردد الحال بين ان يكون مطلقة او منكوبة ثم يصح ايقاع الطلاق عليها فلا وجه لتصحيح الكلام الثاني من كل وجه فقلنا ان صح سقط به نصف المهر وان لم يصح لم يسقط به شيء فيسقط به ربع المهر ثم يتردد هذا الربع بين الداخلة والثابتة فيصيب الداخلة نصف الربع وهو الثمن فلهذا سقط ثمن مهرها ولا يقال المعدة مترددة الحال لان هذا طلاق قبل الدخول فلا يوجب العدة واما حاكم الميراث فللداخلة نصفه والنصف بين الخارجه والثابتة نصفان لان الداخلة

قال فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك ان يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رتبة على اربعة لاجتنا الى ثلثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة اسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد ان يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فنجعل كل رتبة على سبعة وجميع المال احد وعشرون فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى في اربعة ومن الباقين من كل واحد سهمان ويسعى في خمسة فاذا تأملت وجمعت استقام الثلث والثلثان وعند محمد رحمه الله تعالى يجعل كل رتبة على ستة لانه يعتق من الداخل عند سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقى التخريج مامر ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعة ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قبل هذا قول محمد رحمه الله تعالى عليه خاصة وعندهما يسقط ربعة وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتما م تفريعاتها في الزيادات

الايجاب الثاني الى نصفه الفارغ تصحبا للمصرف بقدر الامكان كافي عقد الصرف قلنا لو لم يصرف الجنس في عقد الصرف الى خلافه يلزم بطلان اصل العقد وهنا ان لم يصرف العتق الى نصفه الفارغ لم يبطل اصل الاعناق ولان مقصود العاقدین تصحيح تصرفهما ثمه وهنا جاز ان يكون المراد من الايجاب الثاني الا انه لا الانشاء على اعتبار ان يكون المراد بالاول هو الثابت فاذا لم يتيقن بكونه قاصدا للانشاء في الايجاب الثاني جربنا على قضية شيوخ الكلام *

قوله وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتما م تفريعاتها في الزيادات والفرق واضح على اصل ابي حنيفة رحمه الله لان الاعناق عنده ينجز في مكان الرق ثابتا في الثابت فصح

لما قلنا وكذا الوطىٰ احدُهما لما نبين ولوقال لامتيه احدُكما حرة ثم جامع
 احدُهما لم تعتق الا اخرى عند ابي حنيفة رحمه الله وقالنا عتق لان الوطىٰ لا يحل
 الا في الملك واحدُهما حرة فكان بالوطىٰ مستقبيا الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى
 لزواله بالعتق كما في الطلاق وله ان الملك قائم في الموطوءة لان الايقاع في المنكرة
 وهي معينة فكان وطئها حلا لا فلا يجعل بياننا ولهذا حل وطئها على مذهبه الا انه
 لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به ويقال نازل في المنكرة
 فيظهر في حق حكم يقبله والوطىٰ يصادف المعينة بخلاف الطلاق لان المقصود
 الاصيلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطىٰ يدل على استبقاء الملك في الموطوءة
 صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء

فلما افرق بينهما اذ الهالك يهلك على ملكه في الفصلين ولانه حين اشرف احدهما على الهلاك
 تعين البيع فيه لتعذر رده كما قبض وانما يتعين للبيع وهو حي وهنا لو تعين العتق فيه لتعين
 بعد الموت لانه بالاشراف على الهلاك لا يخرج عن محلبة العتق وبعد الموت هو ليس
 بمحل للعتق فتعين في القائم ضرورة والكتابة وتعليق عتق احدهما بالشرط كالندبير
 والرهن والا يضاء والاجارة والتزويج والعرض على البيع كالبيع فان قيل الاجارة
 لا تختص بالملك بدليل جواز اجارة الا حرا قلنا الاجارة على وجه يستحق الاجر لا تكون
 الا بالملك فتكون تعينا دلالة وذكر التسليم في الهبة والصدقة وقع اتفاقا نص عليه
 في المحيط والايضاح *

قوله لما قلنا اي لم يبق محلا للطلاق **قوله** ثم يقال العتق غير نازل الخ هذا البيان
 مادعاء من حل الوطىٰ لان الحل كان ثابتا فلوزال انما يزول بالعتق والعتق المبهم
 معلق بالشرط البيان ولهذا المعنى لوقال لعبد يه احدكما حر ثم شجا فوقع العتق على
 احدهما كان ارشهما للمولى او قال ان كان نازلا انما ينزل في المنكرة **قوله** فيظهر في حق

(كتاب العتاق ... باب عتق احد العبدین)

وكذا اذا استولدا احدهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف ربح والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك وكذلك لو قال لامرأته احديكما طالق ثم ماتت احدهما

وارثه يقيين ولا يزاحمهما الا امرأة واحدة لان احدهما الاخرين مطلقه يقيين بالايجاب الاول وهذا لانه ان اريد بالايجاب الاول الثابتة بطل الايجاب الثاني فكانت الداخلة وارثة وان اريد بالايجاب الاول الخارجية فالايجاب الثاني دائريين الثابتة والداخلة وليست احدهما بالاولى من الاخرى فينصف الارث بينهما فكيف ما كان فالداخلة وارثة ولا تزاحمهما الا امرأة فالنصف لهما والنصف الاخر بين الآخرين نصفان وعلى كل واحدة منهما عدة الوفاة احتياط الاحتمال كونها منكوحة ولا تصور عدة الطلاق لعدم الدخول.

قوله وكذا استولدا احدهما بان وطئ احدهما فعلمت منه لانها صارت ام ولد له فمن ضرورة صحة امومية الولد واستحقاق العتق انتفاء العتق المنجز عنها و اذا انتفى عن احدهما تعين في الاخرى لزوال المزا حمة **قوله** للمعنيين احدهما انه لم يبق محلا للاعتاق من كل وجه والثاني انه قصد الابقاء على ملكه الى زمان الموت **قوله** والمعنى ما قلنا اي من قصده الوصول الى الثمن **قوله** في المحفوظ عن ابي يوسف رحمه الله اي سمع منه ولم يكتب عنه في الرواية فان قيل لو قال احدهما ابنى او احديها تين ام ولدي فمات احدهما لم ينعين القائم عتق لا والا سبيلاد فلنا لانه اخبار عن امر سابق والاخبار يصح في الحمي والميت بخلاف البيان لانه في حكم الانشاء فلا يصح الا في الحمي فان قيل لو اشترى احد العبدین وسمى لكل واحد ثمنا وشرط الاخبار لنفسه ثم مات احدهما تعين البيع في الهالك وهما تعين العتق في القائم

وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهي قال واذا شهد رجلان على رجل
انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى الا ان يكون
في وصية استحسانا كرهه في العتاق وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت
الشهادة ويجبر على ان يطلق احديهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله تعالى الشهادة في العتق مثل ذلك واصل هذا ان الشهادة على عتق
لا تقبل من غير دعوى عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وعندهما تقبل

الجارية وقال في المبسوط وذكر محمد رحمه الله تعالى عليه في الكيسانيات
وهذا الجواب الذي ذكره ريس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم
بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الغلام اولافان نكل
عن اليمين فنكوله كاتراره وان حلف فهم ارقاء واما جواب الكتاب ففي فصل
آخر وهو ما اذا قال المولى لامته اذا كان اول ولدته غلاما فانت حرة وان كانت جارية
فهي حرة فولدتها جميعا ولا يدري ايها اول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف
الام لانها ان ولدت الغلام اولاً فهي حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية اولاً فالجارية
حرة والغلام والام رقيقان والام يعتق في حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد
يبقى والجارية حرة بيقين اما يعتق نفسها ويعتق الام *

قوله وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهي وجميع الوجوه ستة احدها
ان يتصادقوا انهم لا يدرون ايها اول وجواب الكتاب انه يعتق نصف الام ونصف الجارية
باعتبار الاحوال والثاني ان تدعى الام ان الغلام وانكر المولى ذلك وقال الجارية هي الاولى
والجارية صغيرة والجواب ان القول قول المولى مع يمينه لما ذكر في الكتاب والثالث ان يتصادقوا ان
الغلام اول والجواب انه اعتقت الام والبنت ورق الغلام لانه لاحظ له من العتاق في عموم

ومن قال لا منه ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما ولد اول عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحدة منهما عتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط والجارية لكونها تبعها اذا لام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اول ا ل عدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة ويعمى في النصف اما الغلام يرق في الحالين فلم هذا يكون عبدا وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اول وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقنا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا والمسئلة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبني على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكنة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استخلاف على فعل الغير

حكمه يقبله كالبيع فان المنكر يقبل البيع بان اشترى احد العبدین على ان المشتري بالخيار فيهما يصح واما المنكرة فلا يقبل الوطى لانه امر حمي فلا يقع في غير المعين فلا يمكن وطى غير المعينة لذلك فلا يكون الوطى بيا نافي الاخرى بخلاف الطلاق فان بوطى احدتهما في باب الطلاق يأتي بما هو المعظم من المقاصد في باب النكاح فيصير بياننا كالوباع احدهما فيما نحن فيه لانه اتى بالبيع بما هو المعظم من المقاصد في ملك اليمين والوطى في ملك اليمين ليس من معظم المقاصد الا ترى ان شرى المجوسية وشرى من يحرم عليه وطئها برضاع او صهرية يجوز بخلاف النكاح .

قوله ومن قال لا منه ان كان اول ولد تلدينه غلاما الى ان قال عتق نصف الام ونصف

والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق
 احد العبدین وهذا كله اذا شهدا في صحته على انه اعنتق احد عبديه اما اذا شهدا انه
 اعنتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او مرضه واداء الشهادة
 في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا
 العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعند خلف
 وهو الوصي او الوارث ولان العتق يشيع بالموت فيهما فصا لكل واحد منها
 خصما متعينا ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احد كما حرقد قبل لا تقبل

فلنا خبر الواحد انما يكون حجة في الاموال الدينية اذا لم يتضمن ازالة حق العبد وهما يتضمن
 ازالة الملك والمالية وهو حق العبد وخبر الواحد لا يكفي لذلك فلهذا
 فلنا لا بد من ان يشهد رجلان *

قوله والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج فان قيل اذا كانت هي اخته من الرضاع
 قبلت الشهادة على عتقها مع جحودها وليس فيه تحريم الفرج فلنا فيه معنى الزنا
 لان فعل المولى قبل العتق لا يلزمه الحد وبعد العتق يلزمه على ان الامة في
 انكار العتق متهمة لما لها من المحظ في الصحة مع المولى ولا معتبر بانكار المتهم في انكاره
 فجعلت كالمدعية وهذا كالشهادة القائمة بالمال على الصبي مع اقرار الوصي فانها تقبل
 وان كانت الشهادة انما تقبل في حق المنكر دون المقر الا ان اقراره مردود شرعا فكان
 منكرا معنى فكذا الانكار من الامة لما كان مردودا شرعا للثمة صارت مدعية تقديرا
قوله لان التدبير حيثما وقع وقع وصية اي سواء وقع في حالة الصحة او في حالة المرض
قوله والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث

والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبول من غير دعوى بالاتفاق والمسئلة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لم تتحقق في مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا تتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق نعدم الدعوى لا يوجب خلافاً في الشهادة لانها ليست بشرط فيها ولو شهد انه اعترق احدى امته لا تقبل عندنا بي حنفية رحمه الله وان لم تكن الدعوى شرطاً فيه لانه انما لا تشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابته الطلاق

الاحوال والرابع ان ينصافوا ان الجارية هي الاولى والجواب انهم اراء والخامس ان تدعى الام ان الغلام اول ولم يدع الجارية شيئاً وهي كبيرة والجواب انه حلف المولى فان حلف لم يثبت شيء وان نكل عتقت الام دون البنت لان النكول حجة ضرورية وآسادس ان تدعى البنت دون الام فالجواب على عكس هذا •

قوله والشهادة على عتق الامة اي الامة المعنية وطلاق المنكوحة مقبول من غير دعوى بالاتفاق **قوله** لان الدعوى من المجهول لا تتحقق وذلك لانا لصورنا دعوى احدهما من غير تعيين كانت الدعوى من المجهول وهي لا تصح وكذا اذا ادعى ايضاً لا تصح لانهما معينان وصاحب الحق غير معين فلم تكن دعوى احدهما دعوى من صاحب الحق ولان الدعوى حينئذ لا تكون مطابقاً للشهادة لان الشهادة على احد العبدين لا على العبدين **قوله** لما انه يتضمن تحريم الفرج اي عتق الامة يتضمن تحريم فرجها على مولاها وذلك حق الشرع وفيما هو حق الله تعالى الشهادة تقبل حصته من غير دعوى كافي الشهادة برؤية هلال رمضان وحد الزنا والشرب والطلاق فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يكتفى بشهادة الواحدة لانه امر ديني وخبر الواحد فيه حجة تامة

قال ولولم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فاعتق اذا بقي على ملكه الى وقت الدخول فلا تناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا ظاهرا لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود اقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصود اولانه عضوا من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال رضي الله عنه وفائدة التقيد بوصف المذكورة انه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها

قوله ولولم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق اي الذي اشتراه بعد اليمين وهذه اليمين لا تتناول الجنين ولا المملوك المشترك ولا المكاتب الا ان يعينهم وكذا عبيد عبدة التاجر وهو قول ابي يوسف رحمه الله سواء كان على العبد دين او لا وعلى قول محمد رحمه الله هتقوا نواهم او لا وعليه دين او لا وعلى قول ابي حنيفة رحان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا وان نواهم ويدخل المدبر والمديرة وام الولد وولدتهما والذكر والانثى لان اسم المملوك عام وكذلك يدخل فيه العبد المهرهون لان الملك لم يخل فيه ولو قال عنت به الذكور ون الاناث لم يصدق في القضاء لان اللفظ عام فلا يصح التخصيص بمجرد النية في الحكم ولو قال عنت به ما يستقبل عتق ما كان في ملكه وما سيملكه في المستقبل لانه قصد تغيير ما يدل عليه ظاهر لفظه فلم يعتبر نية في ابطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لاثبات العنق فيما يستقبل لانه قصد اثباته بلفظ محتمل قوله ولهذا لا يملك بيعه منفردا وكذا لا يجوز اعاقه من كفارة يمينه

لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشروع والله تعالى اعلم بالصواب •

باب الحلف بالعتق

ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه اسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا

فانزل الوصي او الوارث مدعيا للعتق خلفا عن الميت فتقبل الشهادة وانما يجبر على البيان اذا انكر لان حق غيره تعلق بحق له فجعل مدعيا كبلا تكون دعوى العبد شرطا وجعل مدعيا عليه حتى يجبر على البيان توفير للحقين •

قوله لانه ليس بوصية اي نظرا الى الوجه الاول من وجهي الاستحسان لانه لما لم يكن وصية لم يكن الميت مدعيا تقديرا وقال بعضهم تقبل لان العتق شاع فيهما بعد الموت وهو الوجه الثاني من وجهي الاستحسان والله تعالى اعلم بالصواب •

باب الحلف بالعتق

قوله ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لانه مملوك له يومئذ فان قيل للايجاب لا يصح الا في الملك او مضافا الى الملك ولم يوجد قلنا قد وجد لانه اضاف العتق الى مملوك له زمان الدخول لان معنى قوله يومئذ يوم اذ دخلت فاعتبر قيام الملك وقت الدخول •

بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافتراقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم ولكن بمبنيين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد والله تعالى اعلم بالصواب .

جواب سؤال وهو ان اللفظ لما لم يتناول فلم يعتق اذا بقي ملكه يوم مات فاجاب ان هذا الكلام ايجاب عتق وايصاء فمن حيث انه ايجاب عتق يتناول المملوك الحالي ولا يتناول المستحدث لان الايجاب يصح مضافا الى الملك او سبب الملك ولم يوجد في حق المستحدث واحد منهما فلا يتحقق في حقه التدبير المطلق ويتناول المستحدث من حيث انه ايصاء فاذا قنا ولهما الايجاب صار الذي يملكه وقت التكلم مراد به بلا احتمال فصار مدبرا فلم يجز بيعه فاما الذي ملكه فيما يستقبل فانه لم يصير مرادا لان ما بين حال التكلم وحال الموت مستقبل محض وليس من الحال في شيء فاذا باعته فقد باعته قبل وجوب حق العتق فصح فاذا لم يبعه حتى بقي على ملكه الى وقت الموت يتناوله الايجاب حينئذ لكونه واقعا على حال الموت فوجب له العتق وصار موصى له فزاحم الاول في الثلث فوجب ان يقسم الثلث بينهما فيضرب كل واحد منهما في ذلك بقيمته بخلاف قوله بعد غد لانه يتناول الحالة الراهنة وانما الحق المستقبل بالحال اذا قام عليه الدليل وهو الايصاء الذي يتصل بحال الموت فالحق حال الموت بالحالة الراهنة ولم يقم الدليل في تلك المسئلة لان بعد الغد استقبال محض وليس من الحال في شيء فافتراقا فان قيل قد جمعتم بين الحال والاستقبال لان الحالة المترتبة استقبال محض وذا لا يجوز لان قوله املكه حقيقة للحال مجاز لا استقبال عند البعض وعند البعض هو مشترك بينهما فيؤدي الى الجمع بين الحقيقة والمجاز او الى تعميم المشترك وكلاهما لا يجوز فلنا هذا الكلام يتناول الموجودين حال الاعناق ولكن حال الاعتاق

(كتاب العتاق - باب الحلف بالعتق)

وان قال كل مملوك املكه فهو حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد
وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي ملكه يوم حلف لان قوله املكه
للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يصنع له من غير قرينة
والاستقبال بقرينة العيب اوسوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في
الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشترطه بعد العيب ولو قال كل مملوك املكه
او قال كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فاذي كان
عنده وقت العيب مدبر والاخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف
رحمه الله في النواذر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد عيانه
وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذامت فهو حر له ان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه
فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبر ادون الآخر ولهما ان هذا الجواب عتق وايضا حتى
اعتبر من الثلث وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة الا ترى انه يدخل في الوصية
بالمال ما يستفيدة بعد الوصية في الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها والايجاب انما يصح
مضافا الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة
الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايضا يتناول الذي يشترطه اعتبارا
للحالة المترتبة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبالا محض فلا يدخل
تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر

وكذا لا تجب عنه صدقة الفطر وكذا اذا حلف لا يشترى مملوكين
فاشترى جارية حاملا لا يحنث •

قوله والحالة الراهنة اي الموجودة القائمة وانما سميت بالحالة الراهنة لان الرهن هو الجنس
والمرء محبوس فيه دون الذي يليه **قوله** والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه

حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافى وهو قيام الرق على ما عرف واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عبته لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة **قال** ولو عاق عتقه بآداء مال صحيح وصار مآذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت حر ومعنى قوله صحيح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتباً لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار مآذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومرا دة التجارة دون التكدى فكان اذ ناله دلالة وان احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضاً بالتخلية وقال زفر رحمه الله لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظاً ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب وانما تعليق نظراً الى اللفظ ومعاوضة نظراً الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضاً في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائناً

قوله حتى تصح الكفالة به لانه دين مطلق لانه يسعى وهو حر بخلاف بدل الكتابة حيث لا تصح الكفالة به لثبوتهم مع قيام الرق المنافي لثبوت الدين اذ المولى لا يستوجب على عبده ديناً **قوله** اذا كان معلوم الجنس كما اذا اعتقه على مائة قفيز حنطة **قوله** ولا تضره جهالة الوصف يعني وان لم يقل انها جيدة او رديّة ربيعية او خريفية **قوله** ومرا دة التجارة دون التكدى لانه حرام اولاً لانه من امارة الخساسة

باب العتق على جعل

ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذا العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعلووضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه

من وجه حال التكلم ومن وجه حال الموت لان الحكم يثبت عند الموت ولكن بالكلام السابق فصار حالة الموت وحالة التكلم حالة واحدة من حيث انه حال العلة والموجود عند الموت كذلك فصار المتناول من حيث المعنى حالة واحدة ويقال هذا الكلام ايجاب عتق وايصاء والايجاب لا يصح الا في الملك او مضافا الى سببه فيتناول المملوك من حيث انه ايجاب حتى يصير مدبرا ويتناول من يشريه من حيث انه ايصاء فجمعنا بينهما بسببين مختلفين وانما لا يجوز ذلك اذا كان بسبب واحد وهذا كما ختلافهم في قوله لله علي ان اصوم رجبا ونوى به النذر واليمين فان ابا يوسف رحمه الله لم يرا لجمع بين النذر واليمين لان احدهما حقيقة والاخر مجاز وهما جوزاه لانه نذر بصيغته يمين بموجبه والتحقيق هو الاول والله تعالى اعلم بالصواب •

باب العتق على جعل

قوله ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم او على ان لي ملك الف الف او على ان تعطني الف الف او على ان يجزني بالف فقبل العبد عتق وما شرط ادين عليه لانه التزمه بقبوله وقد كانت له ذمة صالحة للالتزام وقد تأكدت بالعتق ويجوز ان يجب المال عليه وان لم يملك ما يقابل من ملك المولى كما يجب المال على المرأة بقبول الطلاق وان لم تملك شيئا بمقابلته •

ثم الاداء في قوله ان ادبت يقتصر على المجلس لانه تخبير وفي قوله اذا ادبت لا يقتصر لان
اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبدك انت حر بعد موتي على الف درهم
فالقبول بعد الموت لاصافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر عدا
بالف درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون
القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق

فانه اذا ابرء المكاتب من بعض البدل وادى الباقي عتق لان المال ثمة واجب على المكاتب
فينتقل ابرؤه عنه سواء ابرءه من الكل او حظ بعضه وهنا لا مال على العبد فبطل الحظ
والا برء ولا يعتق ما لم يتم العرق كما اذا قال ان كلمت زيدا وعمرو فانك حر ثم قال
له حططت عنك كلام احدهما فانه لا يصح لان الحظ فسخ لان قدر المحطوط يخرج عن العقد
واليمين لا يحتمل الفسخ *

قوله ثم الاداء في قوله ان ادبت يقتصر على المجلس لانه تخبير كما في قوله انت
حر ان شئت فلابد من المشية في المجلس لا يقال فلما ادى في المجلس كان المجلس
متبدلا لان مجلس الاداء غير مجلس التعليق كما ان مجلس المناظرة غير مجلس التعليق
وهناك يتبدل فكذا هنا لاننا نقول انما نلزم هذا من ضرورة تحقق احد حكمي التعليق
وهو الحنث فكان مستثنى كما ان ما نلزم من ضرورة تحقق الحكم الاخر للتعليق وهو البر
في قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لا يلبسه صار قدر اللبس الذي يوجد عند النزاع مستثنى ليحصل
مقصود الحالف **قوله** بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول
اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق فان قيل ما فائدة
القبول والتدبير غير محتاج الى القبول والمال غير واجب فلنا التدبير لا يحتاج الى القبول
اذا لم يعلقه بالقبول وهنا علقه بالقبول وهذا كقوله ان شئت فانت طالق عدا فان المشية

فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعنا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العهد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل فظيرة الهبة بشرط العوض ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقي ثم لو ادى الفاعل اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لا متحقا فيها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع المولى عليه لانه ما ذون من جهته بالاداء منه

قوله فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعنا للضرر عن المولى حتى لا ينم بالمولى وحده ولا يحتمل الفسخ ولا يمتنع جواز البيع ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء ولا يكون العبد احق باكسابه **قوله** وجعلناه معاوضة في الانتهاء دفعا للغرور عن العهد حتى يجبر المولى على القبول اذا ادى العبد المال كما في الكتاب اذ يجبر بجري على قبض العوض في المعاوضات وان لم يجبر في التعليقات وهذا ان المولى رضي بالعتق عند اداء العوض اليه والعبد ما تحمل المشقة في اكتساب المال الا لئلا شرف الحرية فلو لم يجبر عليه لتضرر العبد ولو اجبر لا يتضرر السيد به فان قيل لا يمكن جعله معاوضة لان البذل والمبدل عند الاداء كله للمولى فلما ثبت عند الاداء معنى الكتابة من الوجه الذي بناي ثبت شرط صحته اقتضاء وهو ان يصير العبد احق بالرد فيثبت هذا ما بقا على الاداء متى وجد الاداء **قوله** فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل اي فعلى العمل بالشبهين دار المعنى الفقهي وخرجت المسائل المتعارضة باعتبار الابتداء والانتهاء **قوله** نظيره الهبة بشرط العوض فانه يعتبر التقاض في العوضين ويبطل بالشبوع ويرد بالعيب وخيار الرؤية عملا بالشبهين **قوله** كما اذا حط البعض وادى الباقي يعني لا يعتق باداء البعض

ثم استحققت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاک والا استحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها ومن قال لا خراعتي امتك علي على الف درهم على ان تزوجنيها ففعل فابت ان يتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الامر لان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف على الامر لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز

بعينها ثم استحققت الجارية او هلكت في يد العبد قبل التسليم رجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده له انه معاوضة المال بما ليس بمال لان نفس العبد ليست بمال في حقه اذ لا يملك نفسه نصاركما لو تزوج امرأة على عبد ولم يسلم العبد اليها حتى استحق فانها ترجع عليه بقيمة العبد لا بقيمة البضع اي مهر المثل ولهما اثم معاوضة مال بمال لان العبد مال في حق المولى وكذا المانع بايراد العقد عليها فصار كما لو اشترى اباة بامة فهلكت قبل القبض او استحققت فان البائع يرجع عليه بقيمة ابية لا بقيمة الامة وكما لو باع العبد بسكنى دار وقبض العبد ومات عنده ثم انه دمت الدار واستحققت فانه يرجع بقيمة العبد .

قوله ثم استحققت الجارية او هلكت اي هلكت قبل التسليم الى المولى في يد العبد **قوله** وكذا بموت المولى اي ان مات المولى فلورثة ان يأخذوه بما بقي من خدمة السنة من قيمته عندهما وعند محمد رح بما بقي من قيمة الخدمة قال عيسى وهذا غلط بل على قولهم جميعا عنها يأخذونه بما بقي من خدمة السنة لان الخدمة دين عليه فيخلفه وارثه بعدموته كما لو كان اعتقه على الف درهم واستوفى بعضها ثم مات كان للورثة ان يأخذوه

(كتاب العتاق باب العتق على جعل)

قالوا لا يعتق عليه في مسألة الكتاب وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح .

قال ومن اعتق عبد علي خد مته اربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيعتق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمته اربع سنين لانه يصلح عوضا نصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافة بناء على خلافة اخرى وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها

تشترب للحال بخلاف ما اذا قال انت طالق غدا ان شئت فانه لا تشترب المشبة في الغد لانه اضاف الطلاق الى الغد ثم جعل المضاف الى الغد معلقا بمشيتها فكان لها المشبة في الغد ضرورة وهنا علق الطلاق بمشيتها اولا ثم جعل المعلق بمشيتها مضافا الى الغد فلا بد من المشبة لنصح الاضافة الى الغد .

قوله قالوا لا يعتق عليه في مسألة الكتاب ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح وانما لم يعتق ههنا بدون اعتاق الوارث لان العتق تأخر عن الموت الى ان يقبل والعتق متى تأخر عن الموت لا يثبت الا باثبات واحد من الوارث والوصي والقاضي لانه صار بمنزلة الوصية بالاعتاق وذلك لانه لما كان لا يعتق الا بالقبول لم يكن العتق معلقا بمطلق الموت وفي مثل هذا لا يعتق الا باصفاق من هؤلاء كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر بخلاف المذبر لان منته تعلق بنفس الموت فلا يشترط اعتاق احد **قوله** ومن اعتق عبدا على خدمته اربع سنين بان قال انت حر على ان يخدمني اربع سنين فقبل فهو حر **قوله** فالخلافة بناء على خلافة اخرى وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية

فلوزوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرها في الوجهين والله تعالى اعلم بالصواب .

باب التدبير

اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر اوانت حر عن د برمني اوانت مد بر او قد برت ك فقد صار مد بر الان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن د بر ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابه وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المد بر المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة

ان الامة تستفيع بهذا الاعتاق فمن هذا الوجه تصير قابضة نفسها ادنى قبض والقبض الادنى يكفي للبيع الفاسد ولا يكفي للهبة كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة ومع اتصال الثمار على رؤس الاشجار يكفي لوقوع الملك في البيع الفاسد دون الهبة على ان الفاسد ممنوع فان منافع البضع منقومة عند ايراد العقد عليها وقران ما هو متقوم في نفسه غير مفسد للبيع كما اذا جمع بين عبد ومد بر في البيع وذكر اخر الاسلام والامام الكشاني رحمهما الله لم يبطل البيع بشرط النكاح لانه مندرج في الاعتاق فاخذ حكم الاعتاق فلم يبطل بالشرط الفاسد كالاعتاق .

قوله فلوزوجت نفسها منه لم يذكره اي في الجامع الصغير **قوله** في الوجه الاول اي فيما اذا لم يقل عني **قوله** وهي للمولى في الوجه الثاني اي فيما اذا قال عني والله اعلم بالصواب .

باب التدبير

قوله اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر وكذا اذا قال انت مد بر بعد موتي اوانت حر مع موتي وكذا اذا قال اوصيتك برقبتيك او عتقتك او بنفسك وكذا اذا قال انت

فيه

(كتاب العتاق - باب العتق على جعل)

وقد قررناه من قبل ولو قال اعتق امتك عني على ألف درهم والمسئلة بحالها قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب القيمة آداة الأمر وما أصاب المهر بطل عنه لأنه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف وما إذا كان كذلك فقد قابل الألف بالرقبة شراء وبالبيع نكاحاً فانقسم عليهما ووجب حصته ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم حصته وهو البيع

بما بقي من الألف وإن كان في ظاهر الرواية يقول الناس متفاوتون في الخدمة وإنما كان الشرط أن يخدم المولى فيفوت ذلك بموت المولى كما يفوت بموت العبد إلا أن هذا التعليل ليس بقوي فإن الخدمة عبارة عن خدمة البيت وهو معروف بين الناس لا يتفاوتون فيه فلا يفوت بموت المولى وإن كان الأصح أن يقول الخدمة عبارة عن المنفعة والمنفعة لا يورث فلا يمكن إيفاء عين الخدمة بعد موت المولى فلماذا كان المعتبر قيمته أو قيمة الخدمة على ما اختلفوا

قوله وقد قررناه من قبل أي في الخلع في مسألة خلع الأب ابنة الصغيرة على وجه الإشارة **قوله** ولو قال اعتق امتك عني على ألف درهم على أن تزوجنيها ففعل فإبت

أن تزوجه وقع العتق عن الأمر وقسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب القيمة آداة الأمر فإن قيل وجب أن لا تعتق الأمة عن الأمر لأن البيع فيها فاسد لأنه بيع بما يخصها من الألف أولاً لأنه أدخل النكاح في البيع وأدخل الصفقة في الصفقة ففسد للبيع والبيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض والاعتق عنه فيما لا ملك له فيه لا ترى أنه لو قال اعتقها عني فاعتقها عنه يقع العتق عن المأمور لأنه استبهاب الهيئة لا يفيد الملك بدون القبض وإن كان العتق عن الأمر ينبغي أن يجب عليه قيمة الأمة لأنه موجب للبيع الفاسد قبل أن البيع هنا في ضمن الاعتاق عنه فآخذ حكمه لما عرف أن المقتضى تبع للمقتضى والبيع إنما يفسد بالشروط الفاسدة إذا وقع قصداً إلا أن هذا يشكل بما لو قال اعتق عبدك عني بألف درهم ورطل من خمر فإنه قال في الكتاب هذا بيع فاسد وقال شمس الأئمة المرحوم رحمه الله

قال وللمولى ان يستخدمه ويواجره وان كانت امته وطنها وله ان يزوجه لان الملك فيه ثابت له وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لماروينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يصعفى في ثلثيه وان كان على المولى دين يصعفى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فتجب رد قيمته وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضي الله عنهم وان علق التدبير بموته **على صفة** مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا اوسفرى هذا او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لامحالة فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقيق تلك الصفة فيه فلهمذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين

اي كسبب الوراثة لانه اثبات الخلافة في ملكه للموصى له مقدما على الوارث فاعتبر للحال سببا لاثبات الخلافة كالقراية الا ان الوصية بالمال تبرع بالمال والوصية بالعتق تبرع بالعتق والتبرع بالمال لا يقع لازما نصيبه ايضا لا يكون لازما فلم يمنع ابطاله بالبيع ونحوه واما العتق فلا يثبت الا لازما فالسبب الذي يوجبه لا ينعقد الا لازما فيمنع جواز البيع لان سبب العتق اذا وجد يلزم ولا يجوز ابطاله لان سبب العتق يثبت حق العتق والحق ملحق بالحقيقة فكما لا يجوز ابطالها لانها حقه لا يجوز ابطاله لانه حقه كالاستيلاذ في البيع وما يضا فيه من الهبة والامهارة بطل السبب **قوله** وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وروي انه خوصم الى عثمان رضي الله تعالى عنه في الاولاد المدبرة فقال ما ولدته قبل التدبير فهو عبد

من ذلك ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو
حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره
ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان
اهلية المتصرف فلا يمكن تأخير السببية الى زمان بطلان الاهلية بخلاف سائر التعليقات
لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمانع هو المقصود
وانه يضا دوقوع الطلاق والعناق وامكن تأخير السببية الى زمان الشرط لقيام
الاهلية عنده ما فترقا ولا نه وصية والوصية خلافة في الحال كالورثة وابطال السبب
لا يجوز وفي البيع وما يضا هيته ذلك •

حريوم موتي لان اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد حمل على مطلق الوقت ولو نوى به النهار
دون الليل الا يكون مدبرا مطلقا لجواز ان يموت ليلا •

قوله من ذاك اي من البيع والهيبة **قوله** وهو حر من الثلث من تامة الحديث
قوله ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولا يقال
انه موجود حكما حينئذ وان كان معدوما حقيقة لان الشيء انما يعتبر وجودا حكما
اذا امكن وجوده حقيقة ولا امكان لوجوده منه بعدموته لاستحالة وجود الفعل من الميت
ولا يمكن تقديره حيا بعد الموت لان هذا الحكم لا يثبت الا اذا حكم الشرع بموته ومنه
حكم الشرع بموته استحالة ان يحكم بحيوته لافضائه الى التناقض فلا يمكن تأخير السببية
الى زمان بطلان الاهلية ولا يلزم اذا جن بعد التعليق بدخول الدار ووجد
الدخول فانه يعتق العبد وان لم يكن هو اهلا لان الجنون لا ينافي اهلية العتق من كل
وجه واهذا يعتق عليه قريبه بالارث ولان المحل باق على ملكة ثمه ولا كذلك ههنا
قوله ولا نه وصية والوصية خلافة في الحال اي الايصاء سبب خلافة كالورثة

اعتقها ولد ما أخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت بين الواطى والموطوءة بواسطة الولد فان المائين قد اختلفا بحيث لا يمكن الميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت

من بردعة فوصل يوم الجمعة بغداد فرأى بعد صلوة الجمعة قوما جلسوا للنظر وفيهم داود نسأله حنفي عن بيع ام الولد فقال يجوز بيعها لان بيعها يجوز اجماعا قبل العلوق فنحن على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر لان ما ثبت باليقين لا يرتفع الا بيقين مثله فتحير الحنفي لانه لا يقبل القياس وخبر الواحد لا يوجب اليقين فقال ابو سعيد اجمعنا على عدم جواز بيعها بعد العلوق لان في بطنها ولد اخر فنحن على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر فتحير داود فانه قطع فلما رأى من وهنه ووهن اصحابه في الفقه ترك الخروج الى مكة وجلس للتدريس فاجتمع اصحاب داود عند ابي سعيد وكان على ذلك حتى سمع ليلة مناديا يقول فاما الزيد فيذهب جفاء واما ما ينفع الناس فيمكث في الارض فمالبث ان قرع انسان بابه واخبره بموت داود فاستقرا مرة بعد ذلك هـ

قوله اعتقها ولد هائل عليه السلام مارية القبطية لما ولدت ابراهيم وحديث ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم ايمامة ولدت من سيدتها فهي معتقة عن دبر منه صاريانا لان المراد بقوله اعتقها اي اثبت فيها حق الحرية **قوله** ولان الجزئية قد حصلت الى آخره وهذا لان المائين قد اختلفا بحيث لا يمكن الميز بينهما وآليه اشار عمر رضى في قوله وقد اختلف لحوكمكم بالحوهمهن ودماءكم بدمائهن ولم يرد به نفس الاختلاط بدليل ان الاستيلاء لو كان بالزنا لا يصير ام ولد له منى ملكها وانما اراد به ما ثبت بسبب الاختلاط وهو حرية الولد لكن بشرط ان يكون الولد منسوب اليهما بدليل ان المولى لو اعتق ما في بطن

لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه

كالكائن لا محالة والله تعالى اعلم بالصواب .

باب الاستبلا د

اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تملكها لقوله عليه السلام

وما ولدته بعد التدين فهو مدبر وكان ذلك بمحض من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولم ينكر عليه احد فيصيرا جماعا .

قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان السبب ام ينقعد **قوله** بخلاف ما اذا قل الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة وقال ابو يوسف هو تدبير مقيد فان قيل اذا قال اذا جاء غدا فانت حر لا يكون سببا في الحال ولا يمنع بيعه مع ان مجي الغدا كائن لا محالة كالموت فلما لانم انه كائن لا محالة فانه من الجائز ان تقوم القيمة قبل مجي الغدا ويقول ان الكلام في الاعم الاغلب فان الاعم في سائر التعليقات ان لا يكون كائنا لا محالة لتحقيق معنى الشرطية فلا يرد الافراد مثل الغدا علينا نقضا ونقول في التدين معنى الخلافة وليس في التعليق بالغدا ذلك والله تعالى اعلم بالصواب .

باب الاستبلا د

قوله اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تملكها وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه قال جمهور الفقهاء وقال بشر المريسي ودأود الاصفهاني ومن تابعه من اصحاب الطواهير يجوز بيعها ولا يفتق بموت المولى وهو قول علي رضي الله عنه وحكي عن ابي سعيد البردعي استاذ الكرخي رحمه الله انه خرج حاجا

لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطئ بخلاف العقد لان الولد تعين مقصودا فيه فلا حاجة الى الدعوة فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بد عوى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة بعدا لنكاح الا انه اذا انفاه ينتفي بقوله لان فراشا ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحه حيث لا ينتفى الولد بنفيه الا باللعان لتأكيد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان وطئها وحصلها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها اولم يحصلها جازله ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر كذا روي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه *

اما اذا لم يمكن تكميله بان استولد مدبرة مشتركة بينه وبين غيره يقتصر على نصيبه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه *

قوله لوجود المانع وهو ذهاب التقوم عند ابي حنيفة رحمه الله ونقصان القيمة عندهما **قوله** الا انه اذا انفاه ينتفي بقوله اي من غير لعان وفي المبسوط وانما يملك نفيه ما لم يقض القاضي به او لم يتناول ذلك فاما بعد قضاء القاضي فقد يلزمه بالقضاء على وجه لا يملك ابطاله وكذلك بعد التطاول لانه وجد منه دليل الاقرار في هذه المدة من قبول التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح بالاقرار واختلافهم في مدة التطاول قد سبق في اللعان **قوله** فان كان وطئها وحصلها المراد من التحصين هو ان يحفظها عما يوجب رتبة الزنا وان عزل عنها اولم يحصلها جازله ان ينفيه **قوله** لان هذا الظاهر هو ان يكون الولد من المولى باعتبار ان الظاهر عدم الزنا يقابله ظاهر آخر اي يعارضه ظاهر آخر وهو ان يكون الولد من الزنا لوجود احد الدليلين وهما العزل وعدم التحصين وهذا مروي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه

(كتاب العناق باب التدبير)

وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الجزئية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذي ملكته بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز البيع واخراجها الا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعدموته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله •

قال وله وطنها واستخدمها واجارته وتزوجها لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي رحمه الله يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد ولان يثبت بالوطى وأنه اكثر افضاء اولى ولان وطي الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد

جاريته لم يثبت لها حق العتق فلو كان ثبوت حق العتق لها باعتبار الاتصال بالولد الحر لثبت هنا وحيت لم يثبت دل على انه غير مبني على هذا بل هو بناء على جزئية حصلت بين الواطى والموطوءة بواسطة الولد بل حصل الاتحاد بينهما لان اضافة الولد الى كل واحد منهما على سبيل الكمال دليل اتحادهما والجزئية واتحاد كل واحد منهما يوجب الجزئية الا ان هذا الاتحاد حكمي غير حقيقي فيوجب حق الحرية لاحقيقتها وبعدها لانفصال ايضا تبقى الجزئية حكما لاحقيقة فوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت •

قله وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال اي بقاء الجزئية حكما انما يكون بحكم جزئيته مؤكدة بثبات النسب والاصل في ثبات النسب هو الاب فان الولد ينصب الى ابيه والام تنسب اليه بواسطة الولد فلهذا تثبت الجزئية في حقهم لا في حقهن حتى لو تزوج عبد حرة ثم ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يثبت له عتق مؤجل الى موتها حتى لا يعتق بموتها **قله** لان الاستيلاد لا يتجزى يريد به انه اذا امكن تكميله بان يملك نصيب صاحبه بالاضمان

وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولا ن الحاجة الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الخوائج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يتعلق بها حق الغرماء كلقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتب لا تغنق حتى تؤدى السعاية وقال زفر رحمه الله تغنق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى فان اسلم تبقى على حالها لانه ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت واجبة وذلك بالبيع او الاعتاق وقد تعذرا لبيع فتعين الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبه لانه يندفع الذل عنها نصبر ورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو اعنتت وهي مفلسة تتوانى في الكسب

عن النسب فبقي معتبرا في حق الام لانها محتاجة الى حق امية الولد بخلاف ما اذا اقر بالاستيلاء بالزنا لانه احتمال للنسب مع تصريحه بالزنا .
قوله وان لا يبعن وفي بعض النسخ وان لا يسعين **قوله** فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص يعني اذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لارباب الديون ان يأخذوا من عليه القصاص بدنيهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونهم لان القصاص ليس بمتقوم حتى يأخذوا بمقابلته شيئا متقوما وقيل معناه اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من استيفاء القصاص وقيل معناه اذا قتل رجل مديونا والمديون قد عفا فلا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو .

وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف وعن محمد رحمهما الله ذكرنا هما في كفاية المنتهي
 وان زوجها نجاءت بولدها في حكم امه لان حق الحرية مصري الى الولد كالتدبير
 الا ترى ان ولدا الحرية حر وولد القنّة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له
 وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعى المولى
 لا يثبت نسبته منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لا قراره
 واذا مات المولى عنقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب ان النبي
 صلى الله عليه وسلم امر باعتق امهات الاولاد

قوله وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف وعن محمد رحمهما الله تعالى اي
 عن كل واحد رواية ويدل عليه اعادة كلمة عن روي عن ابي يوسف
 رحمة الله تعالى عليه انه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بالولد
 فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها تحصينا للظن لها
 وحملها لا مرها على الصلاح وعن محمد رحمة الله تعالى عليه انه قال لا ينبغي له ان
 يدعي النسب اذ لم يعلم انه منه واكن ينبغي له ان يعتق الولد ويستمتع بها
 ويعتقها بعد موته لان استحقاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتمل من الجانبين
قوله وان كان النكاح فاسدا وفي الايضاح اراد بالفاسد هنا ما اذا اتصل به
 الدخول وهو حينئذ في اثبات النسب ملحق بالنكاح الصحيح وكان الفراش فيه
 ما هو الثابت في النكاح الصحيح فكان اقوى من فراش ام الولد **قوله** ولو
 ادعى المولى لا يثبت نسبته منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام
 ولده لاحتمال ان يكون الولد ثابت النسب من المولى بملوق سبق النكاح او شبهه بعد
 النكاح الا ان هذا الاحتمال غير معتبر في حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنائه

ولنا ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كمالا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الوسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه بواسطة نسبه الى الوالد وهي غير ثابتة واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل الاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاء وان وطئ اب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب لانه لا ولاية للمجدح حال قيام الاب

قوله ولنا ان السبب هو الجزئية اي الجزئية مع النسبة الى الاب لانه اذا ثبت النسب من كل واحد منهما يضاف الى كل واحد منهما على سبيل الكمال فيصير هي منسوبة اليه باعتبار هذه الوسطة فصارت نفسها كنفسه لما صار بعضها كبعضه ثم لو ملكه نفسه يعتق عليه من كل وجه فاما اذا ملك نفسه من وجه عتق عليه من وجه وهذا متقرر متى ثبت نسب الولد بنكاح او ملك فاما اذا استولدها بالزنا وقر بذلك ثم ملكها يصير ام ولده فبما هو قول زفر رحمة الله تعالى عليه لانه ولده حقيقة حتى لو ملكه يعتق عليه فكذا امها تكون ام ولده وفي الاستحسان لا تصير ام ولده لان الموجب لحق العتق لها صيرورتها منسوبة اليه بواسطة الولد ولم يوجد هنا لان نسب الولد بالزنا لا يثبت ولا تصير هي منسوبة اليه بدون هذه الوسطة وانما عتق عليه الولد او ملكه لانه جزؤه حقيقة وكما لا يستديم للانسان الملك على نفسه لا يستديم الملك على جزئه **قوله** نظيره من اشترى اخاه من الزنا اي اخاه لاب لانه ينسب اليه بواسطة نسبه الى الوالد وهي غير ثابتة فاما اذا اشترى اخاه لام من الزنا يعتق عليه **قوله** واذا وطئ جارية

ومالية ام الولد يعتقد ها الذمي متقومة فيترك وما يعتقد ه ولانها ان لم تكن
متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك
اذ اعفا احد الاولياء يجب المال للباقيين ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له
ولو عجزت في حيوته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة اعيدت مكانة لقيام الموجب
ومن استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له وقال الشافعي رحمة الله
تعالى عليه لا تصير ام ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحققت ثم ملكها تصير ام
ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور له انها علق برفيق فلا تكون
ام ولد كما اذا علق من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد
باعتبار علق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكمال

قوله ومالية ام الولد جواب عما يلزم على ابي حنيفة رحمه الله ان مالية ام الولد غير متقومة عنده
فاجاب ان مالية ام الولد متقومة في اعتقاد الذمي فيترك وما يعتقد ه كما في مالية الخمر
والثاني ان مالية ام الولد وان لم تكن متقومة ولكن ملكه فيها محترم وقد احتبس عندها
بمعنى من جهتها وهذا يكفي لوجوب الضمان كلقصاص فانه ليس بمال متقوم
ثم اذا احتبس نصيب احد الاشريكين بعفو صاحبه يلزمه بدله فان قيل لو كان احترامها
كافي لوجوب الضمان ينبغي ان يجب الضمان بغصب ام الولد لما انها حرام التعرض
بالغصب ومع ذلك لا يجب الضمان به عند ابي حنيفة رحمه الله فلما انما لم يجب الضمان به
على قوله لان مبنى ضمان الغصب على المماثلة لقوله تعالى فاعندوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم لان الغصب من الاعتداد ولا مساواة بين ما ضمن به من المال وبين ما يقيم الولد
لانها غير متقومة فلما لم تثبت المساواة لم يجب الضمان كما في غصب المنافع لم يجب
الضمان لهذا المعنى **قوله** لقيام الموجب وهو وجوب ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت

وان ادعياء معاتبت نسبة منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعي رحمه الله يرجع الى قول القائل ان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا ينخلق من مائين متعذر فعملنا بالشبهة وقد سرر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائل في اسامة رضي الله تعالى عنه ولنا كتاب عمر رضي الله تعالى عنه الى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما وهو ابنهما يرثهما ويرثانه

في غير الملك فينبغي ان يجب العقرب لنا الاستيلاء عبارة عن جميع الفعل الذي يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب فتقدم الملك على جملة الفعل فيقع الوطى في الملك .

قوله معناه اذا حملت على ملكهما وانما قيد بهذا لانه اذا كان الحمل على ملك احد هما نكاحا ثم اشتراها هو واخر فهي ام ولد له لان نصيبه منها صار ام ولد له والاستيلاء لا يحتمل التجزي فيثبت في نصيب شريكه ايضا **قوله** وقال الشافعي رحمه الله يرجع الى قول القائل هي جمع القائف وهم جماعة يعرفون بانهم يعرفون اولاد الناس بالشبهة تمسك الشافعي رحمه الله بما قالت عائشة رضي الله عنها دخلت على رسول الله عليه السلام واسا روبروجه تبرق من السرور وقال اما ترين يا عائشة ان مجزرا المدلجي مربا سامة وزيد وهما نائمان تحت لحاف واحد وقد غطيا رؤسهما وبدت اقدامهما فقال هذه اقدام بعضهما من بعض فسرور رسول الله عليه السلام بقول القائل دليل على ان قوله حجة في النسب وقلنا ان قول القائل رجم بالغيب ودعوى بما استأثر الله تعالى بعلمه في قوله تعالى ويعلم ما في الارحام ولا برهان له في قوله مع انه كان في قوله فذف المحصنات ونهية الاولاد الى غير الاباء ومجرد الشبهة غير معتبر الا ترى ان الله تعالى

ولو كان الاب ميتا ثبت من الجدد كما ثبت نسبه من الاب لظهور ولايته عند فقد
 الاب وكفرا لابي ورقه بمنزلة موته لانه فاطع للملاية واذا كانت الجارية
 بين الشريكين فجاءت بولد فادعاء احد هما ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب
 في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا ينجزى لما ان سببه لا ينجزى
 وهو العلوق اذ الولد الواحد لا ينعلق من مائتين وصارت ام ولد له لان الاستيلاء
 لا ينجزى عندهما وعند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه يصير نصيبه ام ولد له ثم
 يملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف عقرها لانه وطى جارية
 مشتركة اذا الملك ثبت حكما للاستيلاء فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف
 الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاء فيتقدمه نصاروا طما
 ملك نفسه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم
 ينعلق شيء منه على ملك الشريك

ابنه يريد بها القنة لانها محل التملك حتى لو كانت مدبرة او ام ولد الابن بحيث
 لا ينتقل الى الاب بالقيمة فدعوته باطلة ثم دعوة الاب انما تصح بشرطان التجارية
 في ملك الابن وقت العلوق وقت الدعوة وان لا يخرج من ملك الابن فيما بين
 ذلك حتى يمكن استناد الملك الى ما قبل الاستيلاء .

قوله ولو كان الاب ميتا ثبت من الجدد هذا اذا جاءت به بعد موت الاب لعنة
 اشهر فصاعدا وما اذا جاءت به لانل من ستة اشهر لا يثبت من الجدد **قوله** لا ينعلق من مائتين
 اي من ماء رجلين **قوله** بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنا
 يثبت شرطا للاستيلاء فيتقدمه نصاروا طما ملك نفسه فان قيل التملك انما يثبت ضرورة
 تصحيح الاستيلاء فيثبت ما بقا عليه فيبقى ما وجد من فعل الوطى سابقا على العلوق

كما اذا اقاما البينة واذا وطىء المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادهاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يملكه والاب يملك تملكه فلا يعتبر تصديق الابن .

قال وعليه عقرها لانه لا ينقذه المالك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاء لما ذكره .

نصف العقر قضا ماله على الآخر فان قيل لا فائدة في وجوب العقر لانه يصير قضا فلنا فيه فائدة فرما يرى احدهما عن حقه فيبقى حق آخر فتوجه المطالبة .

قوله كما اذا اقاما البينة اي اذا اقاما البينة على شيء واحد يكون ذلك الشيء بينهما على السواء فكذا هذا واماذ اقاما البينة على مجهول النسب فالحكم هكذا **قوله** وعن ابي يوسف رحمة الله انه لا يعتبر تصديقه اي لا يشترط تصديق المكاتب بل يثبت بمجرد دعوى المولى كما في الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب كسب كسب المولى فكذلك جاريته الابن كسب كسب الاب او يقول للمولى في المكاتب ملك الرقبة وليس للاب على الابن . ملك الرقبة ولا ملك اليد بل للاب في مال الابن حق التملك وحق الملك اقوى من حق التملك فلما ثبت للاب نسب الولد من جارية الابن بدون الملك على الابن وعلى جاريته بغير تصديق الابن فلان يثبت للمولى نسب الولد من جارية المكاتب بغير تصديق المكاتب مع حقيقة المالك للمولى على المكاتب اولى الا ترى ان المولى لو اعنق المكاتب يصح مع انه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فعلم ان الملك للمولى عليه ثابت **قوله** لصحة الاستيلاء لما ذكره وهو قوله حيث اعتمد ليلاه وهو انه كسب كسبه .

وهو للباقى منهما وكان ذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين وعن علي رضي
 مثل ذلك ولأنهما استويا في سبب الاستحقاق فيمتويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى
 ولكن تتعلق به احكام متجزية فما يقبل التجزئة يثبت في حقهما على التجزئة وما لا يقبلها
 يثبت في حق كل واحد منهما كملا كما لو كان ليس معه غيره الا اذا كان احدا شريكين
 بالآخر وكان احدهما مسلما والاخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام
 وفي حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الابن وسروا النبي صلى الله
 عليه وسلم فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة رضي الله تعالى عنه
 وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسره *

قال وكانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد
 فيصير نصيبه منها ام ولده تبعاً لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصاً بماله على
 الآخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه
 كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لاسئوا لهما في السبب

حكم باللعان بين الزوجين عند نفى النسب ولم يأمر بالرجوع الى قول القائف
 واعتبار الشبهة وانما سريه عليه السلام لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة بن زيد
 لاختلاف لونهما وكانوا يعتقدونه ان عند القائف علماً بذلك فكان قول القائف رد الطعن
 الكفار لان قول القائف حجة في النسب شرعاً كذا في المبسوط *

قوله وهو للباقى منهما حتى اذا مات هذا الابن يكون كل ميراث الابن لهذا
 الاب الباقى ولا يجعل النصف لهذا الاب والنصف لورثة الاب الميت
قوله ولكن تتعلق به احكام متجزية كالعقود والارث وولاية التصرف في ماله
 والحضانة وما لا يقبل التجزئة كالنسب وولاية الانكاح **قوله** وعلى كل واحد منهما

كتاب الايمان

قال الايمان على ثلاثة اصرب اليمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو الغموس هو الحلف على امر ما يصح يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يا ثم فيها صاحبها لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف كما ذبا دخله الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى

كتاب الايمان

اليمين في اللغة عبارة عن القوة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين وقال الشماخ اذا ما رايت رفعت لمجد تلقنتها عرابية باليمين وفي الشريعة عبارة عن عقد قوي به عزم الحالف على الفعل او الترك وسمي هذا العقد به لان العزيمة يتقوى بها واما شرطها ففي الحالف كونه عاقلا بالغوا في الحلف كونه خبرا محتملا للصدق والكذب عندنا وعند الشافعي رحمه الله نفس الخبر واما حكمها فالبر حال بقاء اليمين اذا وجب تحقق البر وفيد به لان من الايمان ما لا يجب تحقق البر فيها كما اذا حلف على معصية والكفارة عند فوات البر خلفا عنه وهي نوعان يمين بالله تعالى واصفته ويمين بغيره تعالى فالاولى مشروعة

قال وفيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث انه اعتمد دليلا وهو انه كتب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو مانع والله تعالى اعلم بالصواب •

قوله وفيمة ولدها اي وعلى المولى قيمة ولد جارية مكاتبه يوم ولد **قوله** فلو ملكه يوما اي لو ملك المولى يوما ولدا جارية المكاتب الذي ادعاه وكان لم يثبت نسبه عند الدعوة بسبب تكذيب المكاتب يثبت نسبه عند ملكه اياه وذكر في المبسوط واذا ملك المولى الجارية اي في صورة التصديق يوم امن الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وان كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه منه لان حق الملك له في المحل كان مثبتا للنسب منه عند صحة دعوته الا انه امتنع صحة دعوته بمعارضة المكاتب اياه بالتكذيب وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه لقيام الموجب وهو الاقرار بالاستيلاء والله تعالى اعلم بالصواب •

حتى تتأدى بالصوم وتشترب فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة

ولكن يؤخذكم بما كسبت قلوبكم فالله تعالى اثبت المؤاخذة في اليمين المكسوبة والغموس بهذه الصفة لانها مقصودة بالقلب ثم فسر هذه المؤاخذة بالكفارة في قوله ولكن يؤخذكم بما عقدتم الايمان معناه بما قصدتم فالعقد هو القصد ومنه سميت النية عقدة فاجب الكفارة موصولة باليمين بقوله فكفارتها لان الفاء للوصل وقال في آخر الآية ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم والكفارة بنفس الحلف انما يجب في الغموس والمراد بقوله تعالى واحفظوا ايمانكم الامتناع من الحلف وحجتنا فيه قوله تعالى ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا الآية فقد بين الله تعالى جزاء اليمين الغموس بالوعيد في الآخرة فلو كانت الكفارة فيها واجبة لكان الاولى بيانها وقال عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وذكر فيها اليمين الفاجرة والمعنى فيه انها غير معقودة لان عقد اليمين للحظر والايجاب وذلك لا يتحقق في الماضي والخبر الذي ليس فيه توهم الصدق والعقد لا ينعقد بدون محله كالبيع لا ينعقد على ما ليس بمال لخلوة عن موجب البيع وهو تملك المال ولان الغموس محظور محض فلا يصلح سببا للكفارة كالزنا والردة وهذا لان المشر وعاء تنقسم ثلثة اقسام عبادة محضة وسببها مباح محض وعقوبة محضة كالحدود وسببها محظور محض وكفارات وهي تتردد بين العبادة والعقوبة فمن حيث انها لا تجب الاجزاء تشبه العقوبة ومن حيث انه يعنى بها ولا يتأدى الا بنية العبادة ويتأدى بما هو محض العبادة كالصوم يشبه العبادة فينبغي ان يكون سببها متروك ابن الحظر والاباحة وذلك المعقودة على امر في المستقبل باعتبار تعظيم حرمة اسم الله تعالى مباح وباعتبار هنك هذه الحرمة بالحنث محظور فيصلح سببا للكفارة فاما الغموس فمحظور محض لان الكذب بدون الاستشهاد بالله محظور محض فمع الاستشهاد بالله تعالى اولي

وفدتحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة

بـالكتاب قال الله تعالى وتالله لا كيدن اصنامكم والسنة قال صلى الله عليه وسلم
والله لا غزون قريشا ولا اجماع فالصحابة رضي الله تعالى عنهم ومن بعدهم يحلفون
وذكر في المبسوط ان اليمين على نوعين نوع يعرفه اهل اللغة وهو ما يقصده تعظيم المقسم به
ويسمون ذلك قسما الا انهم لا يخصون ذلك بالله وفي الشرع هذا النوع من اليمين
اي تعظيم المقسم به لا يكون الا بالله تعالى فهو المستحق للتعظيم بذاته على وجه لا يجوز
هناك حرمة اسمه بحال والنوع الآخر الشرط والجزاء وهو يمين عند الفقهاء لما فيها من معنى
اليمين وهو المنع او الايجاب ولكن اهل اللغة لا يعرفون ذلك لانه ليس فيه معنى التعظيم
قال رضي الله تعالى عنه الايمان على ثلاثة اوجه اليمين الغموس وفي بعض النسخ يمين
الغموس على الاصانة في المغرب هو خطأ لغة وسماعا وفيه سميت غموسا لانها تغمس
صاحبها في الائم ثم في النار فالغموس هي الحلف على امر ماض وذكر المضي ليس
على الشرط فانها تكون في الحال ايضا نحو قوله والله مال هذا علي دين وهو يعلم خلافه
وهي ليست بيمين على الحقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة
ضد المشروع ولكن سماه يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين
كما سمى النبي صلى الله عليه وسلم بيع الحرة بيعا لان ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع
ثم لا تنعقد هذه اليمين فيما هو حكمها في الدنيا عندنا ولكنها توجب التوبة والاستغفار
وعند الشافعي رحمه الله تنعقد موجبة للكفارة فمن امله محل اليمين نفس الخبر وشرط
العقدهما القصد الصحيح وعندنا محل اليمين خبر فيه رجاء الصدق لانها تنعقد موجبة للبر
ثم الكفارة خلف عنه عند فوات البر والخبر الذي لا يتصور فيه الصدق لا يكون محلا
لليمين والعقد لا ينعقد بدون محله وحيثه فوله تعالى لا يؤخذكم الله باللغو في ايمانكم

الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره

قال والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلث جد هن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي رحمه الله يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكره ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة

يجب اتمام البر فيها وهوان ينعقد على فعل طاعة امر بها او امتناع من معصيته وذلك فرض عليه قبل اليمين وباليمين يزداد وكادة ونوع منها لا يجوز حفظها وهوان يحلف على ترك طاعة او فعل معصية لقوله عليه السلام من حلف ان يطيع الله فليطعه ومن حلف ان يعصى الله فلا يعصه ونوع يتخير فيه بين الحنث والبر والحنث خير من البر فيندب فيه للحنث لقوله عليه السلام من حلف على اليمين ورأى غيرا خيرا منها فليأت بالذي هو خير ولا يكفر يمينه وادنى موجبات الا مرا لندب ونوع يستوي فيه فعل البر والحنث في الاباحة فيتخير بينهما وحفظ اليمين اولى لظاهر قوله تعالى واحفظوا ايمانكم وحفظ اليمين يكون بعد وجودها فعرفنا ان المراد به حفظ البر ومضى حنث في هذه اليمين فعليه الكفارة *

قوله الا انه علقه بالرجاء جواب عما يقال نفى المؤاخذة باللغو منصوص عليه في كتاب الله تعالى والمنصوص مقطوع به فاما معنى تعليقه بالرجاء فاجاب بان صورة يمين اللغو يختلف فيما بين العلماء واما علق بالرجاء نفى المؤاخذة باللغو في الصورة التي ذكرها وذلك غير معلوم بالنص قطعا فجاز تعليقه بالرجاء **قوله** للاختلاف في تفسيره وما ذكر في الكتاب من تفسير اللغو مروى عن زرارة بن ابي اوفى وعن ابن عباس رضي الله عنهما في احدي الروايتين

ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ أو ما في الغموس ملازم فيمتنع
اللاحق والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله واذا حث
في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم
بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا ويمين اللغو ان يحلف على
امراض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجوان لا يؤاخذ الله بها
صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه يزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه
قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم الآية

فلا يصلح سببا للكفارة ثم الكفارة تجب خلفا عن البر الواجب باليمين وهذا لا يجب
 في المعقودة على امر في المستقبل الا بعد الحث لان قبل الحث ما هو الاصل قائم وهذا انما
 يتصور في خبر فيه توهم الصدق انه ينعقد موجبا للاصل ثم الكفارة خلفا ومعنى قوله
 تعالى ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم وحشتم كما في قوله تعالى فمن كان منكم مريضا
 او على سفر فعدة من ايام اخر معناه فأنظر فعدة من ايام اخر والمراد بقوله تعالى ولكن
 يؤاخذكم بما كتمت قلوبكم المؤاخذه بالوعيد في الآخرة .

قوله ولو كان فيها ذنب فهو متأخر أي لو كان في المعقودة ذنب وهو
 الحث بهنك حرمة اسم الله تعالى فهو متأخر عن وقت اليمين فيرتفع اليمين
 اذا وجدوا ما الذنب في الغموس وهو هنك حرمة اسم الله تعالى فمقارن فيمنعها
 عن الانعقاد فكانت اليمين في الغموس غير منعقدة فلما كان كذلك لم يلزم
 من وجوب الكفارة في المنعقدة وجوبها في الغموس ولا نه قارنها ما ينحلها ولو طرء
 عليها ربعها فاذا قارنها مع انعقادها كالأردة والرضاع في النكاح والمنعقدة ان يحلف على
 امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله وهي في وجوب الحفظ اربعة انواع نوع منها ما يجب

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال واليمين بالله تعالى او باسم آخر من اسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا وما نعا

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قوله واليمين بالله تعالى اي بهذا الاسم او باسم آخر من اسمائه كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته فالاسم هنا عبارة عن لفظ دل على الذات مع صفة كالرحمن والرحيم والعالم والصفة عبارة عن المصادر التي تحصل عن وصف الله تعالى باسماء فاعليها او جميع اسماء الله تعالى في ذلك سواء تعارف الناس الحلف به ولم يتعارفوا هو الظاهر من مذهب اصحابنا وهو الصحيح لان الحلف باسم الله تعالى ثبت بقوله عليه السلام فمن كان منكم حائفا ليحلف بالله وليذر والحلف بسائر اسمائه حلف بالله وما ثبت بالنص او بدلالة لا يرعى فيه العرف وقال بعض اصحابنا كل اسم لا يسمى به غير الله كالرحمن فهو يمين وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم العليم والقادر فان اراد به يمينا فهو يمين وان لم يرد به يمينا لم يكن يمينا **قوله** من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه وقال العراقيون من مشايخنا الحلف بصفات الذات كالقدرة والعظمة والعزة والجلالة والكبرياء يمين والحلف بصفات الفعل كالرحمة والسخط والغضب والرضاء ليس بيمين وقالوا صفة الذات ما لا يجوز ان يوصف بضده وصفة الفعل ما يجوز ان يوصف بضده فانه يقال يرضى بالايمان ولا يرضى بالكفر وقالوا ان ذكر صفات الذات كذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس كذكر الذات والحلف بالله مشروع دون غير الله قالوا وهذا الطريق

ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدور على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب والله تعالى اعلم بالصواب *

وروي عن محمد رحمة الله تعالى عليه انه قال هو قول الرجل في كلامه لا والله وبلا والله وهو قريب من قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه فان عنده اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد في الماضي كان او في المستقبل وهو احدي الروايتين عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه وروى عائشة رضي الله تعالى عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في تفسير اللغو لا والله وبلى والله وتاويله عندنا فيما يكون خبرا عن الماضي فان اللغو ما يكون خاليا عن الفائدة والخبر في الماضي خال عن فائدة اليمين على ما قررنا فكان لغوا وما الخبر في المستقبل فعدم القصد لا يعدم فائدة اليمين وقد ورد الشرع بان الهزل والجد في اليمين سواء والناسي في اليمين ان يذهب عن التلفظ باليمين ثم يتذكر انه تلفظ بلفظ اليمين ناسيا بان يقول لغيره الا تأتينا فيقول بلى والله غير قاصد لليمين وفي بعض النسخ ذكر الخطأ مكان الناسي وهوان يريدان يسبح فجرى على لسانه اليمين *

قوله ولو كانت الحكمة رفع الذنب هذا جواب سؤال وهوان يقال الكفارة شرعت لاجل ستر الذنب ولا ذنب في المجنون اذا اتى المحلوف عليه فينبغي ان لا تجب الكفارة عليه فقال الحكمة وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لا مع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل حتى انه يجب وان لم يوجد الشغل اصلا بان اشترى جارية بكر او اشترى امرأة والله تعالى اعلم بالصواب *

لان النبري منهما كفر

قال والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو وكقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل ذلك معهود في الايمان ومذكور في القرآن وقد يضمن الحرف فيكون حاله كقوله الله لا يفعل كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ابجائاً ثم قيل ينصب لان نزاع حرف خافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف وكذا اذا قال لله في المختار لان الباء تبدل بها قال الله تعالى آمنتم له اي آمنتم به قال ابو حنيفة رحمه الله اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد رحمه الله تعالى واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله تعالى وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيقته فصار كما نه قال والله الحق والحلف به متعارف

العبد عن تعظيم غير الله بالقسم فيجب عليه الانتهاء واما الله تعالى فله ان يثبت الحرمة لما شاء اي وقت شاء وليس للعبد ذلك وفي النهاية وما اعناد الناس من الحلف بالفارسية يجان سرتو ان اعتقدوا انه حلف واعتقد ان البرية واجب يكفر كذا في محاسن الشرائع وذكر في تنبيه الفتاوى قال ملهى الرازي رحمه الله اخاف على من قال بحبوتي وحيوتك وما اشبه ذلك انه يكفر ولولا ان العامة يقولون ولا يعلمون لقلت انه شرك لانه لا يمين الا بالله وانما جعل الله اليمين بالله ليرعوى الرجل اي ليمتنع اذا ذكر الله فلا يحلف هو واذا حلف بغير الله تعالى فكانه اشرك معه وقال ابن مسعود رضي الله عنه لان احلف بالله كما ذبا احب الي من ان احلف بغير الله صادقا

قوله لان النبري منهما كفر وتعليق الكفر بالشرطي من كما اذا قال ان فعلت كذا فان اياهودي **قوله** وعنه رواية اخرى اي من ابي يوسف رحمه الله رواية اخرى انه يكون يمينا **قوله** لان الحق من صفات الله تعالى اي من اسمائه الدالة على صفة الحقيقة فتكون الاضافة للبيان كما تضاف الصفة الى الموصوف في قولهم جرد تطيفة وحابية خبر فذانه قال والله الحق

قال الافواه وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم **يقال** اللهم اغفر علمك فينا اي معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا اورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها اثرها وهو المطر والجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله اولى ذروا وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال رضي الله تعالى عنه معناه ان يقول والنبي والقرآن اما لو قال انا بري منه يكون يمينا

غير مرضي عندنا لانهم يقصدون بهذا الطريق الاشارة الى مذهبهم ان صفات الله تعالى غير الذات و لذهب عندنا ان صفات الله لا هو ولا غيره وكلها قديمة فلا يستقيم الفرق بين صفات الذات صفات الفعل والاصح هو اختيار مشايخ ما وراء النهر ان الايمان مبنية على العرف والعادة ولهذا قال محمد رحمة الله تعالى عليه وامانة الله انه يمين ثم لما سئل عن معناه قال لا ادري فكأنه وجد العرب يحلفون بامانة الله تعالى عادة فجعلها يمينا وقيل في معناه ان يعتذر الاشارة الى شيء بعينه على الخصوص انه امانته والحلف به متعارف فعلمنا انهم يريدون به الصفات فكأنه قال والله الامين وحكي الطحاوي عن اصحابنا انه ليس يمين لانه عبارة عن الطاعات

قوله ولانه يذكر ويراد به المعلوم فان قيل يقال انظروا الى قدرة الله والمراد المقدور ثم قوله وقدرة الله يمين قلنا هذا متعارف او على حذف المضاف اي الى اثر قدرة الله **قوله** ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا فان قيل قد اقسم الله تعالى بغير ذاته وصفاته كقوله تعالى والضحى والليل اذا يغشى فكان ينبغي ان يكون القسم بغير الله مشروعا قلنا في القسم نعظيم المقسم به وقد نهى

قال وكذا قوله لعمر الله وايم الله لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايم الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايم صلة كما لو او والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وكذا اذا قال علي نذرا ونذرا لله لقوله صلى الله عليه وسلم ومن نذر نذرا لم يسم فعليه كفارة يمين

قوله وكذا قوله لعمر الله العمر بالضم والفتح البقاء الا ان الفتح غلب في القسم لا يجوز فيه الضم والبقاء من صفات الذات فكانه قال والله الباقي وهو معطوف على قوله ولو قال اقسم وايم الله معناه ايم الله وهو جمع يمين فتخففت الهمزة وحذف النون للقسم وهذا مذهب نحوي الكوفة وقيل معناه والله وايم صلة وهو قول البصريين وذهب سيبويه الى انها كلمة اشتقت من اليمين ساكنة الاول فاجتلبت الهمزة لتعذر النطق بالساكن كما اجتلبت في ابن واشباهه فعلى هذا لا تكون الهمزة مخففة للقسم وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين اذا حالف بالله عاهد الله ان يفعل ذلك الشيء ولا يفعله يدل عليه قوله تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ثم قال ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة ولهذا يسمى المعاهد ذميا وكذا اذا قال علي نذرا ونذرا لله وفي النهاية اعلم ان ههنا ربيع مسائل الاولى ان ينذر نذرا مطلقا بان يقول لله علي نذرا ونذرا لله فحسب فعليه كفارة يمين وهذا الالتزام لكفارة اليمين ابتداء بهذه العبارة قال عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة اليمين والثانية ان يقول لله تعالى علي صوم يوم الجمعة او قال علي نذر صوم يوم الجمعة فعليه الوفاء به والثالثة اذا علق نذره بشرط كما ذكرنا فعليه الوفاء بما سمي والرابعة ان يقول علي نذرا ان لا افعل كذا او علي نذرا ان لا افعل كذا فهذا ينعقد يميناً وموجب اليمين كذا ذكره الامام بدر الدين الكردي رحمه الله تعالى عليه *

(كتاب الايمان ... باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا)

ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله قالوا لو قال
والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من اسماء الله تعالى والمنكر يراد به
تحقيق الوعد ولو قال اقسم واقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف
لان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال
بقريئة فجعل حالفا في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله
ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه
ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله
ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداي يكون يمينا لانه للحال ولو قال سوگند خورم
قيل لا يكون يمينا ولو قال سوگند خورم بطلاق زخم لا يكون يمينا لعدم التعارف

قوله ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى اي الحق اذا اضيف الى الله تعالى يراد به
الطاعات فقد قيل لرسول الله عليه الصلوة والسلام ما حق الله على عباده فقال ان
لا يشركوا به شيئا ويعبدوه ويقيموا الصلوة ويؤتوا الزكاة والحلف بالطاعات
لا يكون يمينا لانه حلف بغير الله بخلاف ما لو قال والحق لانه من اسماء الله تعالى
قوله ولو قال حقا لا يكون يمينا لان المنكر يراد به تحقيق الوعد اي يكون لنا كيد مضمون
الجملة ومعناه افعل هذا لا محالة كما في قولهم هذا عند الله حقا فلا يكون يمينا **قوله** ولو قال اقسم
او اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف اي اذا ذكرنا لمقسم
عليه كما اذا قال اقسم لا افعلن كذا او لا افعلن كذا لان الحلف بالله هو المشروع فصرف اليه
ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة **قوله** واليمين بالكرم عطفا
على العدة اي لانه يحتمل الاستقبال ويحتمل اليمين بغير الله تعالى

فصل في الكفارة

قال كفارة اليمين عتق رقبة يجزي فيها ما يجزي في الظهار وان شاء كساعشرة مساكين كل واحد ثوباً فما زاد وادناه ما يجوز فيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار والا صل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلاثة

كتحريمه بلفظه وان كان لا يحرم ثم التحريم يمين فكذلك جعله علماً على الكفر بخلاف قوله انا ازان ونحوه لان حرمة الكفر لا يحتمل السقوط والنسخ كحرمة هنك الاسم وحرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ فلم يكن نظيره هنك حرمة الاسم فلم يكن يميناً وهذا اذا كان في المستقبل فاما اذا كان في الماضي بشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر في المروي عن ابي يوسف رحمه الله اعتبار الماضي بالمستقبل وهذا لانه قصد به اليمين ولم يقصده تحقيقه وقال محمد بن مقاتل يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والتعلق بشيء كائن تنجز فكانه قال هو كافر والاصح انه ان كان الرجل عالماً يعرف انه يمين لا يكفر به في الماضي والمستقبل وان كان جاهلاً وعنده انه يكفر يكفر به في الماضي والمستقبل لانه اذا اقدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر به فقد رضي بالكفر والله تعالى اعلم بالصواب •

فصل في الكفارة

قوله قال كفارة اليمين عتق رقبة اي اعناق رقبة **قوله** وادناه ما تجوز فيه الصلوة وهو كالسراويل وهو مروي عن محمد رحمه الله وفي رواية اخرى عنه انه قال ان اعطى الرجل يجوز وان اعطى المرأة لا يجوز لانه اذا اعطى الرجل سراويل فقد اعطاه ما يستربه عورته واذا اعطاه المرأة لم يعطها ما يستربه عورتها كذا في الذخيرة لكن فكذب

(كتاب الايمان باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا)

وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافريكون يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما اذا قال هو يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل ولو قال ان فعلت كذا افعلني غضب الله او مسخط الله فليس بحالف لانه دعا على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فاناز ان اوسارق او شارب خمر او آكل ربوا لان حرمة هذه الاشياء تحتل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمنعارف .

قوله وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافريكون يمينا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا يكون يمينا لانه علق الفعل بما هو معصية فصار كما لو قال ان فعلت كذا فاناز ان ونحوه ولنا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال من حلف باليهود والتنصر فهو يمين ولانه لما جعل ذلك الفعل علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع لان الكفر واجب الامتناع فكذا ما هو عليه وقد امكن القول بوجوب الامتناع لغيره بجعله يمينا كما في تحريم الحلال اما التشبه بتحريم الحلال فانه لما علق الكفر بالدخول مثلا فقد حرم الدخول من حيث جعله علما على الكفر لانه جعل الدخول شرطا للكفر وشرط الكفر حراما حقا لله خالصا لا يحل بحال فصار بمعنى تحريم اليمين كناية عنه كتحریم الحلال فكان قوله جعلته شرطا للكفر وقوله حرمة واحد وان اعلام الكفر حرام كشد الزنار ولبس قلنسوة المجوس وهذا قد جعله علما فصار حراما وما كان قصده الى جعله علما فان لم يجعل

لانه اذا بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لسائر الجنايات ولا جناية
ههنا واليمين ليحت بصيب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا يسترد

بخير لا طلاق النص ولا يلزم ان المطلق يحمل على المقيد عنده وان ورد في
حادثين كما في رقبة كفارة القتل وسائر الكفارات لانه انما يصار اليه اذا كان المقيد نوعا واحدا
اما اذا كان المقيد نوعين فاللتعارض وهنا كذلك لان صوم كفارة الظهار والقتل مقيد بالتتابع
وصوم المتعة مقيد بالتفريق ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنهم باقضيام ثلاثة ايام متتابعات
وانما يقرأ سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم فصارت قراءته كالرواية المشهورة
عن النبي عليه السلام فصحت الزيادة والتعبد بها كما في صدقة الفطر فالمحمل المطلق
وهو قوله صلى الله عليه وسلم ادوا عن كل حر وعبد على المقيد وهو قوله عليه السلام ادوا عن كل
حر وعبد من المسلمين لانهما وردا هنا في الحكم وهو الصوم وهو لا يقبل وصفين متضادين في
وجوده فاذا ثبت تقييده بالتتابع بتلك القراءة لم يبق مطلقا ضرورة وثم ورد في السبب والامانة
بين السببين والمقيد في احد الحدين لا يمنع بقاء حكم الاطلاق في الآخر وانما لم يجز صوم
المنعه قبل ايام النحر لانه لم يشرع الا ان التفريق واجب وهذا بخلاف قضاء رمضان لان
قراءة ابي لم يشتهر والزيادة بخبر الواحد لا يجوز ثم اعتبرا بالفقر والغنى عند ارادة التكفير
بمعدنا وعند الشافعي رحمه الله عند الحنث حتى لو حنث وهو موسر ثم اعسر جاز الصوم
وبعكسه لا عندنا وعند الشافعي رحمه الله على القلب وقاسها على الحد اذا لمعتبر وقت الوجوب
للمتنصيف بالرق ولنا ان الصوم شرع خلفا عن التكفير بالمال كالتيمن خلف عن الوضوء
الا ترى انه قال هنا فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام وقال ثمه فلم تجد واماء قتيما ثم المعتبر
ثمه وقت الاداء لا وقت الوجوب كذا هنا وحد العبد ليس ببذل عن حراره
قوله لانه اذا بعد السبب وهذا لان سبب وجوب الكفارة اليمين لانها

(كتاب الايمان فصل في الكفارة)

قال فان لم يقدر على احد الاشياء الثلاثة صام ثلاثة ايام متتابعات وقال الشافعي رحمه الله بخبر لا طلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فصيام ثلاثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب في بيان ادنى الكسوة يروى عن محمد بن وعنه عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهم الله ان ادناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز الصراويل وهو الصحيح لان لا به يسمى عربيا في العرف لكن ما لا يجزيه من الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة وان قدم الكفارة على احدث ام يجزى وقال الشافعي رح بجزيه بالمال

مالا يجزيه عن الكسوة ما يجزيه عن الطعام فانه لو اعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزيه عن الكسوة لان الاكتساب به لا يحصل ولكنه يجزيه من الطعام اذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة وكذلك لو اعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة نصيب كل مسكين منهم اكثر من قيمة ثوب ام يجزى من الكسوة لانه لا يكتسب به كل واحد منهم ولكن يجزيه من الطعام باعتبار القيمة نوى اولم ينو وروى عن ابي يوسف رحمه الله اذا لم ينو لا يجزيه عن الطعام وقال زفر رحمه الله لا يجزيه وان نوى لانه منصوص عليه فلا يصح بدلا لو ادى نصف صاع من تمر لا يجعل بدلا عن الحنطة لان البدل بمنزلة البيع وما يكون اصلا لا يكون تبعا في ذلك الباب قلنا التمر لا يصلح بدلا عن الحنطة لكونه اصلا ولكونهما شيئا واحدا من حيث المعنى لان المقصود منهما واحد وهو رد الجوع ويصلح بدلا من حيث انها جنسان فكان المانع شيئين فنرجح المانع وفي الكسوة مع الطعام يرجح الموجب المجاوز لاختلاف الجنس واختلافهما في المقصود اذ المطلوب من الكسوة في الكفارة رد العري والمطلوب من الطعام رد الجوع وقوله ما صار اصلا في باب لا يجعل تبعا فيه قلنا لم يجعل الكسوة بدلا عن الكسوة حتى يصير بدلا فيما صار اصلا وانما جعلناه بدلا عن الطعام .

قوله فان لم يقدر على احد الاشياء الثلاثة صام ثلاثة ايام متتابعات وقال الشافعي رحمه الله

اوليقتلن فلانا ينبغي ان يحنت نفعه ويكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلناه تقويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده واذا حلف الكافر ثم حنت في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنت عليه لانه ليس باهل لليمين لانها تعتقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصرم محرما

منكم مريضا او على سرفعدة عن ايام اخر الرواية المشهورة فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر يمينه فيجب حمل الاول على الثاني بطريق التقديم والتأخير لان ثم يجي بمعنى الواو قال الله تعالى ثم كان من الذين آمنوا ثم الله شهد وهذا لان موجب الامر الوجوب والتكفير يجب بعد الحنت لا قبله ولان قوله فليكفر امر مطلق التكفير ولا يجوز مطلق التكفير الا بعد الحنت لان قبله يجوز ا لمال عنده دون الصوم •

قوله اوليقتلن فلانا يريد به اذا وقت القتل حتى يتصور الحنت من الخائف **قوله** في ضده اي في ضد ما قلنا من الحنت وقوله عليه السلام من حلف على يمين اي على مخلوف عليه وهو الفعل وتركه واليمين مركبة من مقسم به وحرف القسم وهو والله ومن مقسم عليه وهو ليقتلن فلانا مثلا فذكره هنا الكل واراد البعض او اراد باليمين محله وهو القتل وغيره فكان من قبيل اطلاق اسم الحال على المحل **قوله** ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه بان قال حرمت على ثوبي هذا او طعامي هذا لم يصرم محرما عليه اي بعينه •

من الممكن لو قوعه صدقة ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اياه

تضاف الى اليمين فيقال كفارة اليمين والواجبات تضاف الى اسبابها ولا يلزم تعجيل البدني لان الواجب حاصل بالسبب على اصله ووجوب الاداء متراخ عنه الى الشرط والمالي يحتمل الفصل بين وجوب ووجوبه الاداء لان الواجب قبل الاداء مال معلوم والبدني لا يحتمل الفصل بين وجوبه ووجوب ادائه لاني الواجب فعل فلما تأخر وجوب الاداء لم يبق الوجوب لتأخر تفرد السبب ولنا ان الكفارة لسر الجنابة وقيل الحنث لا جنابة فلا تصح الكفارة لاستحالة السبب عن الجنابة قبل الجنابة وهذا لان عقد اليمين ليس بذنب اجماعا فانه امر مشروعه لانه في عقد اليمين معظم اسم الله تعالى والمشروع لا يوصف بالذنب واما الذنب في هتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث فاستحال التكفير قبل الحنث كالطهارة قبل الحدث واليمين ليس بسبب لوجوب الكفارة لان ادنى درجات السبب ان يكون مفضيا الى الحكم طريقا له واليمين مانعة من الحنث محرمه له فاني يكون موجبة لما يجب بعد الحنث بخلاف الحرج لانه طريق مفض الى زهوق الروح وازالة الكفارة الى اليمين لانها تجب بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم والا حرم بهذا الطريق الا ان يكونا سببين لوجوب الكفارة لكونهما ما نعين مما تجب به الكفارة وهو ارتكاب المحظور فان قبل تعليلكم مردود لانه مخالف للنص والخبر وهذا لانه تعالى قال واكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته والفاء للموصل والتعقيب فنقضى جوازا التكفير بعد اليمين متصلا بها وقال كذا كفارة ايما نكم اذا حلفتم رتبها على الحلف الاعلى الحنث وقال عليه السلام من حلف على يمين فرائي غيرها خبر امنها فليكفر يمينه وليأت بالذي هو خير او هذا نص في الباب قلنا الحنث مضمرة في النص بدلالة ما قلنا كما لفطر في قوله تعالى فمن كان

وكذا ينبغي في قوله حلال بروى مرام للعرف واختلغوا في قوله هر چه بدست راست گيرم
بروى مرام انه هل تشترب النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف ومن نذر نذرا
مطلقا فعليه الوفاء لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى
وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لا طلاق الحديث ولان المعلق
بالشرط كالمعجز عنده وعن ابي حنيفة رحمه الله انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا
فعلي حجة او صوم سنة او صدقة مال املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد
رحمه الله ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لاني
فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف
ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفني الله مريضى لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع
وهذا التفصيل هو الصحيح .

على السبب مجازا وهذا لان لفظه يقتضي ثبوت الحرمة ولم يمكن اثبات
الحرمة لعينه لانه ليس اليه تحريم عينه لما ذكر فتثبت الحرمة لغيره كما هو موجب
اليمين اذا حلف ان لا يدخل هذه الدار حرما الدخول من حيث انه حنت وان
كان الدخول مباحا في نفسه فاذا قال حلال الله علي حرام لم يمكن اثبات
الحرمة لعينه فصار كناية عن قدر ما جعل اليه من التحريم كيلا يلغو كلامه
قوله وكذا ينبغي في قوله حلال بروى مرام للعرف وفي فتاوى الشيخ الامام
نجم الدين النسفي رحمه الله تعالى عليه حلال المسلمين علي حرام ينصرف الى الطلاق
بلانية بالعرف وكذا في قوله هر چه بدست راست گيرم بر من حرام ولو قال
بدست چپ گيرم لا يكون طلاقا لعدم العرف ولو قال بدست راست گيرم كان طلاقا كذا
في التمه **قوله** ومن نذر نذرا مطلقا اي منجزا غير معلق بان قال لله علي صوم شهر

(كتاب الايمان ... فصل في الكفارة)

وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه لا كفارة عليه لان
 تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبي
 عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت حرمة لغيره باثبات موجب
 اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمة قليلا او كثيرا حثت ووجبت الكفارة
 وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه
 ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك ولقياس ان يحث
 كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو النفس ونحوه وهذا قول زفر رحمه الله تعالى
 وجه الاستحسان ان المقصود هو البر لا يتحصل مع اعتبار العموم واداسقط اعتباره ينصرف
 الى الطعام والشراب للمعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرات الا بالنية لاسقاط
 اعتبار العموم واذ انواها كان ايلاء ولا تصرف اليه من الماء كول والمشروب وهذا كله جواب
 ظاهر الرواية ومشا يخارج قالوا يقع به الطلاق عن غيرنية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى

ثالثه وعليه ان استباحه اي اقدم عليه بان لبس ذاك الثوب او اكل ذلك الطعام
 كفارة يمين وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه الا في النساء والجوارى لان تحريم الحلال
 قلب المشروع وهو اليمين عقد مشروع فلا ينعقد بلفظ هو قلب المشروع كقلبه وهو تحليل
 الحرام ولان تحريم الحلال ليس الى العبد لان المحرم والمحلل هو الله تعالى فيلغو
 ولنا قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم
 تحله ايمانكم ثم قيل ان النبي عليه السلام حرم العسل على نفسه وقيل حرم ما ربه
 واتمسك على الاول ظاهر وكذا على الثاني لان العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ولان
 التحريم المضاف الى الجوارى لما ثبت يمين بهذه الالية فكذا التحريم المضاف الى
 سائر المباحات دلالة ولان حرمة الحلال بسبب اليمين والتنصيص عليه يجعل كالتنصيص

(٢٤٣) (كتاب الايمان من باب اليمين في الدخول والسكنى)

باب اليمين في الدخول والسكنى

ومن حلف لا يدخل بينافذ خل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحث لان البيت ما عد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا دخل دهليز او ظلة باب الدار لما ذكرنا وظلته تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو غلق الباب يبقى داخلا وهو سقف يحث لانه يبات فيه عادة وان دخل صفة حث لانه تبني للبيتوتة فيها في بعض الارقات فصار كما اشتوي والصيفي وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة

باب اليمين في الدخول والسكنى

الاصل ان الالفاظ المستعملة في الايمان مبنية على الاعرف عندنا وعند الشافعي رحمه الله على الحقيقة لان الحقيقة حقيق بان يراد وعند مالك رحمه الله على معاني كلم القرآن لانه على اصح اللغات واصحها ولنا ان غرض الحالف ما هو المتعارف فينعتد بغرضه لا ترى ان من حلف لا يستضيء بالسراج ولا يجلس على البساط فاستضاء بالشمس او جلس على الارض لا يحث وان سمي في القرآن الشمس سراجا والارض بساطا .

قوله والظلة تكون على السكة وفي المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون بها السدة التي فوق الباب وعن صاحب المحصر هي التي احاطت في جذوعها على هذه الدار وطرفها الآخر على حائط الجدار المقابل وذكر في الذخيرة ولو دخل ظلة باب ذكر في الكتاب انه لا يحث واراد بالظلة السباط التي تكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء لانه لا يطلق عليه اسم البيت لانه لا يبات فيه وكذلك اذا كان فوقه بناء الا ان مفتحه الى الطريق لا يحث اذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه لانه ليس من جملة بيته

قال ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين والله تعالى اعلم بالصواب •

قوله ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنت عليه لما روي عن العبادلة الثلاثة رضي الله تعالى عنهم اجمعين موقوفا ومرفوعا من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد استثنى ومن استثنى فلا حنت عليه ولا كفارة وقوله في الكتاب فقد روي يمينه اي لم ينعقد بيمينه **قوله** الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الا انفصال رجوع ولا يصح الرجوع في الايمان وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه يجوز الاستثناء المنفصل الى ستة اشهر لقوله تعالى واذا ذكر ربك اذا نسيت اي اذا نسيت الاستثناء موصولا فاستثنى مفعولا وروي ان محمد بن اسحق صاحب المغاري كان عند المنصور وكان عنده يقرء المغاري وابو حنيفة رحمه الله كان حاضرا فاراد ان يغري الخليفة عليه فقال ان هذا الشيخ يخالف جدك في الاستثناء المنفصل فقال ابلغ من قدرك ان يخالف جدي فقال ان هذا يريد ان يفسد عليك ملكك لانه اذا جاز الاستثناء المنفصل فتبارك الله لك في عهدك اذن فان الناس يباعدونك ويحلفون ثم يخرجون ويستثنون ثم يخالفون فلا يحسنون فقال نعم ما قلت وغضب علي محمد بن اسحق واخرجه من عنده وفي تصحيح الاستثناء المنفصل اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة عن ان يكون ملزمة ولا يحتاج حينئذ الى المحلل لان المطلق يستثنى اذا ندم وقوله تعالى واذا ذكر ربك اذا نسيت معناه اذا لم يذكر ان شاء الله في اول كلامك فاذكره في آخر كلامك موصولا بكلامك والله تعالى اعلم بالصواب •

غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر ولو حلف لا يدخل هذه الدار تخربت
ثم بنيت اخرى فدخلها بحث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا
او حماما او بيتانا او بني بيتا قد خله لم يحنث لانه لم يبق دارا لا عراض اسم آخر عليه وكذا
اذا دخله بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم الدار وان حلف لا يدخل هذا
البيت قد خله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت لانه لا يبات فيه
حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه
وكذا اذا بني بيتا آخر قد خله لم يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام ومن حلف لا يدخل
هذه الدار فوقف على سطحها بحث لان السطح من الدار لا ترى ان المعتكف لا يفسد
اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وقيل في عرفنا لا يحنث.

قال وكذا اذا دخل دهليزها يحنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم
وان وقف في طاق الباب بحيث اذا غلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لا حراز الدار
وما فيها فلم يكن الخارج من الدار ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث
بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا

قوله غير ان الوصف في الحاضر لغو لان الاشارة ابلغ التعريف فاغنت عن الوصف
الذي وضع للتوضيح فاستوى وجوده وعدمه وتعلقت اليمين بذاتها وذاتها باق
بعد انتقاض الحيطان وفي المنكر معتبرة لان الغائب يعرف بالوصف فتعلقت
اليمين بدار موصوفة بصفة فلا يحنث بعد زوال تلك الصفة ولا يلزم على هذا ما لو حلف
ان لا يأكل من هذا الرطب فانه لا يحنث باكله بعد ما صار تمرا لان الصفة في اليمين
انما يكون لغوا اذا لم تكن الصفة داعية الى اليمين كما لو حلف ان لا يكلم
صاحب هذا الطيلسان او لا يأكل لحم هذا الحمل والرطوبة تصلح داعية وبعضهم شرطوا
ايضا ان لا تذكر الصفة بطريق الشرط حتى لو قال ان دخلت هذه المراكمة هذه

وهكذا كانت صفاتهم وقيل الجواب مجري على اطلاقه وهو الصحيح ومن حلف
لا يدخل دارا فدخل دارا اخر يتلألم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها
بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم
يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك فالبناء وصف فيها

قوله وهكذا كانت صفاتهم وقيل الجواب مجري على اطلاقه هو الصحيح وفي المأثور
من اصحابنا من يقول هذا الجواب اي الجواب بالحنث بناء على عرف اهل
الكوفة لان الصفة عندهم اسم البيت يسكنونها صيفا ومناها في ديارنا يسدي كاشانه واما
الصفة في عرف ديارنا غير البيت ولا يطلق عليه اسم البيت بل ينفي عنه فيقال هذه
صفة وليس ببيت ولا يحنث والا صح عندي ان مراده حقيقة ما سميته الصفة ووجهه
ان البيت اسم لمبنى مستقف مدحله من جانب واحد وهو مبني للبيتوتة فيه
وهذا موجود في الصفة الا ان مدخلها اوسع من مدخل البيوت المعروفة فكان
اسم البيت متناواليا فحنث بسكناها الا ان يكون نوى البيوت دون
الصفاف فحينئذ يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه خص العام ببيته **قوله** لان الدار
اسم للعرصة اي بعد البناء بقي البناء اولم يبق فاما العرصة قبل البناء لا يسمى دارا
الا ترى ان المفاز والمزارع لا يسمى دارا **قوله** وقد شهدت اشعار العرب بذلك

قال لبيد

عفت الديار محلها فمقامها بمنى تابد غولها فرجامها

وقال النابغة

ياد ارمية بالعلباء والسند اقوت وطال عليها سالف الابد

ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومناعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنها ببقاء اهله ومناعه فيها عرفا فان السوق عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار

اونوى بالدخول الدوام صحته نيته لو لم يكن له حكم الا ابتداء لما صحته نيته ولئان الاصل ان ما لا يمتد من الافعال لا يعطى له دوامه حكم الابتداء وما يمتد من الافعال يعطى له دوامه حكم الابتداء والدليل عليه قوله تعالى ولا تقعد بعد الذكري اي لا يمكث قاعدا وقال عليه السلام لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى الى الك والثانية عليك والفارق بين الممتد وغير الممتد من الافعال صحة قران المدة به وعدم الصحة لكل فعل يصح قران المدة به فهو مما يمتد كما سكنى والركوب واللبس والنظر والقعود والقيام فانه يصح ان يقال سكن في الدار يوما وركب يوما ولبس يوما ونظر الى فلان يوما وقعد يوما وقام يوما وكل فعل لا يصح قران المدة به فهو مما لا يمتد كالمدخول والخروج اذ لا يصح ان يقال خرج يوما من الدار ودخل يوما في الدار بمعنى ضرب المدة والتوقيت لان المدخول هو الانتقال من الخارج الى الداخل والخروج بعكسه ولم يوجد الانتقال من الخارج الى الداخل بعد يمينه وانما وجد المكث فيها وذا غير معتبرا لدخول الا ترى انه يقال للمقاعد اقعدها كما يقال لغيره ولا يقال للداخل ادخل هذه الدار.

قوله ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومناعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث وهذا اذا كان الحالف متاهلا فان كان ممن يعوله غيره بان كان ابنا كبيرا يسكن مع ابيه او كانت امرأة حلفت لا تسكن هذه الدار فخرج بنفسه على نية عدم العود وخلف منعه هناك لا يحنث وقال الفقيه ابو الميث رحمه الله هذا اذا عقد يمينه بالعرية اما اذا عقد يمينه بالفارسية فلا يحنث اذا خرج بنفسه وخلف اهله ومناعه فيها كذا في الفوائد الظهيرية

(كتاب الايمان باب اليمين في الدخول والسكنى)

والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لا يسه فتنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعتها لم يحنث وكذا لو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعتها وقال زفر رح يحنث لوجود الشرط وان قل ولان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحققه فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الايام لا تسكن لها دوام يحدث امثالها الا ترى انه تضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولم يست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والنوحيات ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه

الدار فهي طالق لم تطلق اذا دخلت ما شئت لا نهاذ كرت بطريق الشرط وفيما نحن فيه اشارة الى عين موصوفة بصفة مرغوبة وهو البناء والعمارة وانه بمنزلة الوصف للمعرصة فوجب ان يكون الوصف لغوا فيما اشار اليه لانه لا يكون مذكورا بطريق الشرط ولا يصلح داعيا الى اليمين بترك الدخول وفي المنكر يكون وصف البناء معتبرا كما لو حلف لا يكلم صاحب طيلسان او لا يكلم صبيات تنقيد اليمين بالصفة المذكورة فيهما فان قيل قال محمد رحمه الله في كتاب الوكالة ولو وكل رجلا بشراء دار فاشترى دارا خربة نلزم الموكل ولو كانت الصفة في المنكر معتبرة وجب ان لا يلزمه قلنا الصفة انما اعتبرت في المنكر من كل وجه والدار في الوكالة يعرف من وجه لان التوكيل بشراء الدار انما يصح بعد بيان الثمن والمحللة فان قيل لو حلف لا يكلم رجلا لا يتقيد بصفة ما فوجب ان لا تنقيد الدار بصفة البناء ايضا قلنا صفة البناء معينة للدار فجاز ان يكون مراده بحكم العرف والصفات في الرجل متزايدة وجميع الصفات باسرها مستنعة للتعاضد وليس البعض اولى من البعض ولهذا افتراء السقف في البيت بمنزلة البناء في الدار اعتبر في المنكر دون المعروف قوله والقياس ان يحنث وهو قول الشافعي رحمه الله لان الدوام له حكم الابتداء حتى

هني لوبقي وتد بحث لان السكنى قد ثبت بالكل فتبقى ما بقي شي منه

دفنرات اذا كون ساكنا بمكة وعندنا بالعادة الظاهرة تترك الحقيقة لما عرف والمخالف
يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه ثم قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا بد من نقل
كل المناع لان السكنى قد ثبت بالكل فتبقى ما بقي شي منه وهذا ما عرف من اصله
ان الحكم اذا ثبت بعلة يبقى ببقاء جزء من العلة وان قل كما في العصور لا يتخمر ما بقي
جزء من العصور وانما يصير خمر اذا قذف بالزبد وكما قال الحكم في الزكوة يبقى ببقاء
جزء من النصاب وان قل اذا كان طرفي الحول تاما وكما قال في دار الاسلام لا يصير
دار الحرب ما بقي مسلم واحد آمانا بالامان الاول وقال بعض المشايخ انما يعتبر
عندنا بي حنيفة رحمة الله تعالى نقل الكل مما يقصد به السكنى اما اذا لم ينقل
ما لا يقصد به السكنى كما لو تدوا المكنته وقطعة حصير بر في يمينه فان قيل
قد ينتفي الشيء بانتفاء البعض كما ينتفي بانتفاء الكل كمجموع العشرة الدينار مثلا
ولم تنتف السكنى ههنا بانتفاء البعض قلنا المجموع ينتفي بانتفاء البعض اذا كان
المجموع من حيث الاجزاء كمجموع العشرة اما اذا كان من حيث الافراد لا ينتفي
بانتفاء البعض كالرجال لا ينتفي بانتفاء البعض لان بعد ذلك ينتفي الرجال اما العشرة
عشرة باعتبار اجزائها كما نقص منها شي لا تنتفي عشرة والسكنى من
قبيل الافراد لانه يعد ساكنا باعتبار بقاء البعض فان السوقي عامة نهارة في
السوق ويقول اسكن سكة كذا فصم الاخبار بمكنى مع ان المخبر ليس
هو فيها في عامة اوقاته *

ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والا هل فيما روي عن ابي يوسف رحمه الله لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال ابو حنيفة رحمه الله لا بد من نقل كل المتاع

ومتى كان الحالف متأهلا وعقد يمينه بالعربية لو منع من الخروج ومنعوا متاعه ايضا واوثقوه ووجد باب الدار مغلقا بحيث لم يمكنه الفتح والخروج لم يحدث بخلاف ما لو قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته كذا فقيد ومنع من الخروج حيث تطلق وكذا لو قال لامرأته وهي في منزل والدها ان لم تحضري الليلة من ابي فانت طالق فمنعها الوالد عن الحضور تطلق في الصحيح لان شرط الحنث هنا عدم الفعل وهو السكنى وهو مكره فيه والاكرام اثير في اعدام الفعل ثم شرط الحنث عدم الفعل وليس للاكرام اثير في ابطال العدم وفي الشافعي ان لم يمكنه النقل من ساعته بعد الليل او يمنع ذي سلطان او عدم موضع آخر ينتقل اليه لم يحنث خلافا لغيره رحمه الله لان حالة الضرورة مستثناة وكذا لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقلة او كان شريفا او ضعيفا لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقله لم يحنث حتى يجد من ينقله ويلحق الموجود بالمعدوم للمعذر كذا ذكره الامام الترمذي رحمه الله تعالى عليه *

قوله ولو كان اليمين على المصر الى قوله لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والفارق العرف فان يكون ببصرة لا يقال هو ساكن ببغداد وان كان اهله وثقله ببغداد بخلاف الدار والمحلة والبيت فان الكائن في السوق يقول اسكن محلة كذا او دار كذا او بيت كذا اذا كان اهله وثقله ثم وعند الشافعي رحمه الله الدار كما لمصر لانه يعتبر الحقيقة في الايمان ولا تعتبر العادة بخلاف الحقيقة اذ المجاز لا يعارض الحقيقة قال فان خرجت من مكة وخلفت فيها

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسا فاحمله فاخرجه حنث لان فعل المأمور مضاف الى الأمر فصار ركبا اذا ركب دابة فخرجت به ولو اخرجته مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضا لا بامره لا يحنث في الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضاء .

قال ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قوله ومن حلف لا يخرج من المسجد وكذا الحكم في البيت والدار ولكن وضع المسئلة في المسجد حملا ليمينه على العادة **قوله** ولو اخرجته مكرها اي حمله انسان فاخرجه مكرها لانه لم يوجد منه الفعل لا حقيقة وهو ظاهري ولا حكما لانه لم يأمر به ولو هدد فخرج بنفسه حنث لوجود الفعل منه وقيل لا يحنث وقيل ان امكنه الامتناع عن الخروج ومع هذا خرج حنث وان لم يمكنه لا **قوله** ولو حمله برضا لا بامره لا يحنث في الصحيح وقال بعضهم يحنث لانه لما كان منمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كما لا امر بالاخراج ثم فيما لم يحنث هل تنحل اليمين الصحيح انه لا تنحل اليمين حتى لو حلف على الدخول فادخل مكرها ثم خرج فدخل مختارا حنث في الصحيح وقيل ينحل فلا يحنث **قوله** والمضي بعد ذلك ليس بخروج لان الخروج عبارة عن الانتقال من الباطن الى الظاهر وهو لم يوجد بعد الخروج بل وجد منه الاتيان الى حاجة اخرى والاتيان غير الخروج لان الاتيان عبارة عن الوصول

وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى عليه يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر
وقال محمد رحمه الله تعالى عليه يعتبر نقل ما يقوم به كدخا ايمته لان ما وراء ذلك
ليس من السكنى نالوا هذا احسن وارفق بالناس والله تعالى اعلم وينبغي ان ينتقل الى
منزل آخر بلا تأخير حتى يبرفان انتقل الى السكة او الى المسجد فالوا لا يبر
دليله في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول
في حق الصلوة كذا هذا والله تعالى اعلم بالصواب •

قوله وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى عليه يعتبر نقل الاكثر والفتوى على
قول ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه قالوا هذا الاحتلاف في نقل الامتعة
فاما الاله فلا بد من نقلهم بلا خلاف كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** دليله
في الزيادات كوفي انتقل باهله ومناعه الى مكة ليستوطنها فلما دخلها
وتوطن بها بداله ان يعود الى خراسان فعاد ومربا الكوفة يصلي ركعتين لان
وطنه بالكوفة انتقض توطنه بمكة وان بداله في الطريق قبل ان يدخل
مكة ان لا يستوطن مكة ويرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي بالكوفة اربع ايام
وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر كذا هنا وان كان في طلب مسكن آخر فنرك
الامتنع فيها اياما لا يحث في الصحيح لان طلب المنزل من عمل النقل وصار مدّة طلب
المنزل مستثنى بحكم العرف اذا لم يعرط في الطلب **قوله** كذا هذا قال الفقيه
ابو الميث رحمه الله هذا اذا لم يسلم الدار المستأجرة الى صاحبها برون كان
هو والمناخ في السكة او في المسجد والله تعالى اعلم بالصواب •

(كتاب الايمان ... باب اليمين في الخروج والالتيان والركوب وغير ذلك) (٥٠٣)

لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل في المحظر العام ولونوى الاذن مرة يصدق ديانته لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنت لان هذه كلمة هاية فينتهى اليمين به كما اذا قال حتى آذن لك ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنت وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدى حرف تركه ثم ضربه

قوله لان المستثنى خروج مقرون بالاذن لان التقدير لا يخرج امرأته خروجه الا خروجاً ملصقاً باذني فيكون ملوياً بالخروج المقرون بالاذن باقياً تحت المحظر العام فيحنت اذا وجد الخروج الا عن اذن لوجود شرط الحنت كقوله ان خرجت من الدار الا بملحقة فانت طالق فخرجت بملحقة لم تطلق ولم يسقط المحظر حتى لو خرجت بلا ملحقة تطلق **قوله** ولونوى الاذن مرة يصدق ديانته لا قضاء لانه محتمل كلامه لان الاستثناء محتمل الغاية لكنه خلاف الظاهر وفيه تخفيف ولو قال الا ان آذن لك ينتهى اليمين بالاذن مرة كما اذا قال حتى ان آذن ملك وان نوى النعد صدق لانه نوى الاستثناء من الغاية وبنيهما مناسبة من حيث ان حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية يخالف ما قبله ما فان قيل يشكل على هذا قوله تعالى ولا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم فهناك بالاذن مرة لا يسقط حرمة الدخول بل الاذن يحتاج اليه في كل مرة مع انه مذكور بكلمة الا ان قلنا حرمة الدخول في بيت النبي عليه الصلوة والسلام ما يثبت بهذا النص بل الاصل حرمة الدخول في ملك الغير بغير اذنه الا ان هذا النص لا باحة الدخول بالاذن فبقى الدخول بغير الاذن على اصل الحرمة ونقول اشترط الاذن هناك في كل مرة انما علمنا بآخرة الآية وهو قوله تعالى ان ذلكم كان يوذى النبي ومعنى الا يذاع موجود في كل ساعة فشرط الاذن في كل مرة

(كتاب الايمان باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك)

ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريد هاتم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانتقال من الداخل الى الخارج ولو حلف لا يأتيا لم يحنث حتى يدخلها لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فاتيا فرعون فقولا له ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كما لا تيان وقيل هو كما لخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال فان حلف ليا تين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حيوته لان البر قبل ذلك مرجو ولو حلف ليا تينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة ودون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم يمنع السلطان ولم يجي امر لا يقدر على اتيانه فلم يأت حنث وان عني استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل

قوله ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريد هاتم رجع حنث ويشترط المحنث ان يجاوز عمران مصره على نية الخروج الى مكة حتى لو رجع قبل ان يجاوز عمران مصره لا يحنث وان كان على هذه النية **قوله** وقيل هو كما لخروج وهو الاصح وقيل لا يحنث ما لم يدخلها كما لا تيان لقوله تعالى اذهب الى فرعون انه غفي فقولا له قولنا لا تيان بمعنى الاتيان ولنا ان الذهاب والخروج يستعملان استعمالا واحدا يقال ذهب الى مكة وخرج الى مكة بمعنى واحد قال الله تعالى ليذهب عنكم الرجس اي ليزيله عنكم فثبت ان الذهاب هو الزوال والافتصال لان الذهاب افعال من الذهاب والازالة وكونه لازلا يفقر الى وصول الزائل الى محل آخر فكذا الذهاب الذي هو الزوال لا يشترط فيه الوصول وهذا الاختلاف فيما اذا لم تكن له نية فان نوى الخروج والاتيان فعلى ما نوى لانه يحتمل كل واحد منهما وفي الاتيان لا يشترط القصد المحنث بل اذا وصل اليه يحنث قصدا ولم يقصد

(كتاب الايمان ... باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك) (٢٠٠)

وهذه تسمى يمين فوز وتفرده ابو حنيفة رحمه الله تعالى باظهاره وجهه ان مراد المتكلم
الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه ولو قال له رجل اجلس
فتغد عندى فقال ان تغديت فعبدى حو فرجع الى منزله وتغد عندى لم يحسن
لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو
اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا
ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون
لم يحسن عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه

قوله وهذه تسمى يمين فوزاي يمين الحال وهو في الاصل مصدر فارت القدر اذا غلت
فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا ريب فيها ولا لبث ف قيل جاء فلان وخرج من فوره اى
من ساعته **قوله** وتفرده ابو حنيفة رح باظهاره ولم يسبقه احد فيه وكا نوا من قبل يقولون
اليمين نوعان مطلقة كلا يفعل كذا او موقفة كلا يفعل كذا اليوم فخرج فسمائا ثانيا وهي المطلقة
لفظا والموقفة معنى وانما اخذها من حديث جابر بن عبد الله وابيه حين دعيا الى نصره انسان
فحلفا ان لا ينصره ثم نصره بعد ذلك ولم يحشوا وجهه ان مراد المتكلم الزجر عن تلك الخرجة
والضربة عرفا فينقيد بذلك لان المطلق يتقيد بدلالة حال المتكلم وذكر في الفوائد الظهيرية يمين
الغور مأخوذ من فوران القدر فسميت هي بهذا الاسم باعتبار فوران الغضب **قوله** ومن حلف
لا يركب دابة فلان فى المبسوط ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب حمارا
او فرسا او برذونا او بغلا حنث وكذلك ان ركب غيرها من الدواب فى القياس كالبعير والغيل
لان اسم الدابة يتناول له حقيقة وحكما فان الدابة ما يدب على الارض وقد عقد يمينه على
فعل الركوب فيتناول ما يركب من الدواب فى غالب البلاد ان وهو الخيل والبغال
والحمير وقد تأيد ذلك بقوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة فانما ذكر

(كتاب الايمان ... باب اليمين في الخروج والاتبان والركوب وغير ذلك)

ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق
ينصرف اليه وتصح نية الاول ديانة لانه نوع حقيقة كلامه ثم قيل تصح قضاء
ايضا لما بينا وقيل لا يصح لانه خلاف الظاهر ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه
فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حث ولا بد من الاذن
في كل خروج

قوله ويطلق الاسم اي اسم الاستطاعة على سلامة الآلات وصحة الاسباب
وارتفاع الموانع في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه لان مطلق الكلام يحمل
على المتعارف قال الله تعالى والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وفسرها
رسول الله عليه السلام بملك الزاد والراحلة وقال الله تعالى واعدوا لهم ما استطعتم
والمراد ما قلنا فان نوع القدرة الحقيقية التي يحدتها الله تعالى للعبد حالة
الفعل مقارنة له عند اهل السنة صدق ديانة لان ذامما يقع عليه اسم الاستطاعة
قال الله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدوا ما استطاعوا ان يظهروه وما استطاعوا له
نقبا الا انه خلاف الظاهر فلا يصدق القاضي وفي رواية يصدق قضاء لانه نوع
حقيقة كلامه وهذا بناء على انه اذا نوع حقيقة كلامه والظاهر لا يخالفها صدق ديانة
وقضاء وان كان يخالفها ففي تصديقه قضاء روايتان واذا نوع ما قلنا لم يحث
بحال لان تلك القدرة لا تسبق الفعل وانما يعرف وجودها بوجود الفعل فمتى
لم يكن له استطاعة وانما سمي استطاعة القضاء لان ذلك الفعل يوجد بايجاد الله
تعالى وقضائه فانه تعالى اذا قضى وجود ذلك الفعل اوجد قدرة العبد مع ذلك
الفعل ولو لم توجد تلك القدرة لم يوجد ذلك الفعل فكانت تلك القدرة اي
الاستطاعة استطاعة القضاء .

باب اليمين في الاكل والشرب

قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لا نه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل
فتنصرف الى ما يخرج منه وهو الثمر لانه سبب له فيصلح مجازاعنه لكن الشرط ان
لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنت بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وان حلف لا يأكل
من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنت وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب او من هذا
اللبن فصار تمر او صار اللبن شيراز لم يحنت لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين
وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن مأكول فلا تنصرف اليمين الى ما يتخذ منه

باب اليمين في الاكل والشرب

الآكل ايصال الشيء الى جوفه بفيه مهشوما او غير مهشوم ممضوغا او غير ممضوغ
مما يتأتى فيه المضغ والهشم والشرب ايصال الشيء الى جوفه بفيه مما لا يتأتى فيه
المضغ والهشم في حال ايصاله والذوق معرفة الشيء بفيه من غير ادخال عينه الا ترى
ان الاكل والشرب مفطر لا الذوق ولو حلف لا يأكل غنبا او رما نافع جعل يمضغه ويرمي
بتفله ويبتلعه ماء لم يحنت لاني الاكل ولا في الشرب لان هذا يسمى مصا ولا يسمى اكلا
ولا شربا ولو حلف ان لا يأكل هذا اللبن فشربه لا يحنت وانما يحنت اذا ترد فيه ولو حلف
ان لا يشرب فشربه فاكله لا يحنت قالوا هذا اذا كانت اليمين بالعر بية فان كانت بالفارسية

فاكل او شرب كان حائنا وعليه الفتوى *

قوله لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة لان بالصنعة يصير شيئا آخر والدليل
عليه قوله تعالى لياكلوا من ثمره وما عملته ايديهم عطيف ما يعمل على الثمر
والعطيف ليل المغايرة **قوله** والدبس المطبوخ قيد بالمطبوخ لا نه يحنت في الدبس

(كتاب الايمان باب اليمين في الخروج والاتبان والركوب وغير ذلك)

الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنت وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده
وان كان الدين غير مستغرق اولم يكن عليه دين لا يحنت ما لم ينو له لان الملك
فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع
عبدا وله مال فهو للبايع الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال
ابو يوسف رح في الوجوه كلها يحنت اذ انوا لا خلال الاضافة وقال محمد رحمه الله يحنت
وان لم ينو له اعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما والله اعلم بالصواب

منه الركوب في هذه الانواع الثلاثة وان كان يركب الغيل والبعر في بعض الاوقات فذلك لا يدل
على ان اليمين تناوله الا ترى ان البقر والاحمار يركب ايضا في بعض المواضع ثم لا يفهم
من قول القائل يركب فلان دابة البقر الا ان ينوي جميع ذلك فيكون على ما نوى لانه نوى
حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه وان عني الخيل وحدها لم يدين في الحكم لانه نوى التخصيص
في لفظه العام ولو قال لا اركب ونوى الخيل وحدها لم يدين لاني القضاء ولا فيما بينه وبين الله
تعالى لان في لفظه فعل الركوب دون المركب ونية التخصيص تصح في الملفوظ لا فيما لا لفظه
قوله الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنت وان نوى الا هنا بمعنى لكن لما قال لم يحنت
مطلقا استدرك فيبين الاحوال التي لا يحنت فيها فعلم منه انه يحنت في بعض الاحوال فقال
اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنت وان نوى واذا كان الدين غير مستغرق اولم يكن عليه دين
لا يحنت ما لم ينو فعلم من هذا انه اذا لم يكن عليه دين او كان غير مستغرق يحنت اذ انوى
او نقول الا هنا على معناه لانه لما قال لم يحنت مطلقا استثنى ما يحنت فيه فكانه قال اذا لم يكن عليه
دين او كان غير مستغرق فحينئذ يحنت اذ انوى **قوله** وقال ابو يوسف رح يحنت في الوجوه كلها
وهي ما اذا لم يكن عليه دين او كان عليه دين مستغرق او غير مستغرق يحنت اذ انوى
وقال محمد رحمه الله يحنت في الوجوه كلها نوى اولم ينو والله تعالى اعلم بالصواب

فصار كما اذا كان اليمين على الشراء وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل
بمروا البصر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب وكل واحد
مقصود في الأكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فينبع ا لقليل فيه
الكثير ولو حلف لا يشتري رطباً فاشترى كباسة بسرفها رطب لا يحنت
لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كانت اليمين على الأكل يحنت لان
الأكل يصادفه شيئاً فشيئاً فكان كل منهما مقصوداً وصار كما اذا حلف لا يشتري
شعيراً اولياً كله فاشترى حنطة فيها حبات شعير او اكلها يحنت في الأكل دون الشراء لما قلنا
ولو حلف لا يأكل لحماً فاكل لحم السمك لا يحنت والقياس ان يحنت لانه
يسمى لحماً في القرآن وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشأه من
الدم ولادم فيه لسكونه في الماء .

قوله فصار كما اذا كان اليمين على الشراء بان حلف لا يشتري رطباً فاشترى بمراً مذنباً
اولاً يشتري رطباً فاشترى كباسة بسرفها رطب اولاً يشتري شعيراً فاشترى حنطة فيها
حبات شعير لم يحنت **قوله** فيكون آكله آكل البسر والرطب ولهذا لوميزه فأكله
يحنت اجماً عاكذا اذا اكله مع غيره فان قيل لو حلف لا يشرب هذا اللبن
فصب فيه ماء والماء غالب لا يحنت وان شرب المحلوف عليه وزيادة قلنا اللبن
بانصاف الماء فيه يشبع في جميع اجزاء الماء فيصير مستهلكاً حتى لا يرى
مكانه وهنا يرى مكانه وكان قائماً ما تناول فان قيل الحنت يكون
بالمضغ والابتلاع وعند ذلك يصير مستهلكاً ولا يرى مكانه الا ترى انه
لو حلف لا يأكل حنطة اكل شعيراً فيها حبات حنطة ان اكل حبة حبة حنت
وان جمع بين الحبات من النوعين في الأكل لا يحنت لانها تصير مستهلكة عنده
فكبح

بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمة بعد ما شاخ لان هجران
المسلم يمنع الكلام منه ي عنه فلا يعتبر الداعي داعياً في الشرع ولو حلف لا يأكل لحم هذا
الحمل فاكل بعد ما صار كمشا حنث لان صفة الصغرى في هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع
عنه اكثر امتناعاً عن لحم الكباش ومن حلف لا يأكل بسراً فاكل رطباً لم يحنث
لانه ليس ببسر ومن حلف لا يأكل رطباً او بسراً او حلف لا يأكل رطباً ولا بسراً فاكل
مدنبا حنث عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب
ولا في البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطباً والبسر المذنب يسمى بسراً

اذا يصيل من الرطب وفي الذخيرة اذا حلف لا يأكل من هذه النخلة شيئاً
فاكل من ثمرها او طلعها او بصرها او دبسها حنث ثم قال واراد بالدبس ما يصيل من الرطب
اذا اتخذ من الدبس ناطفاً وتبيذاً لا يحنث في يمينه لان يمينه انصرف الى ما يخرج من النخلة
والنبيذ والناطف لم يخرجاً من النخل كذلك ولو حلف لا يأكل من هذا الكرم شيئاً فاكل من
عنبه او زبيبته او عصيره حنث في يمينه لان هذه الاشياء خارجة من الكرم اما العنب
والزبيب فظاهر واما العصير فلانه ماء العنب ولو اكل من حله لا يحنث لانه ليس بخارج
منه بهذه الصفة الشيراز هو اللبن الرائب الخاثر اذا استخرج منه ماء حتى صار الصقر لاط
كالفا لوزج الخاثره

قوله بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي ولو حلف لا يكلم صبياً ينتقيد بالصبي وان كان
حراً مهجوراً شرعاً لانه صار مقصوداً بالحلف لكونه هو المعروف للمحلف عليه
فيجب تعييد اليمين به وان كان حراماً كمن حلف ليشرب اليوم خمرًا او ليصرف المبلغة
ينتقيد باليمين وان كان حراماً بصيرة والشرب والسرقة مقصودان باليمين فيحنث ان
لم يشرب او لم يسرق فكذلك

المحظية لم يحنت حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنت عند أبي حنيفة رحمه الله

أو الحوايا أو ما اختلط بعظم وحقيقة الاستثناء أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه فصارت الشحوم أربعة شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهرا لا معاء وشحم البطن وتفقوا على أنه يحنت في شحم البطن والثلاثة على الاختلاف وله أنه لا يطلق اسم الشحم على اللحم السمين ولهذا لو حلف لايأكل لحما فاكل شحما يحنت وكيف يكون شحما مع كونه لحما ويقال له اللحم السمين بالعربية وبالفارسية فربهي لا يهـ وأما الاستثناء فهو منقطع بدليل استثناء الحوايا فإن قبل المراد ما حملته الحوايا من الشحم قلنا إذا كان أصمار وهو خلاف الأصل والانقطاع في الاستثناء وإن كان خلاف الأصل لكنه ثبت إذا دل الدليل وقد دل الدليل ههنا وهو قوله أو ما اختلط بعظم لأن أحدالم يقل بأن منخ العظم شحم وقيل لو كانت يمينه على الشراء لا يحنت بشحم الظهر اتفاقا لأن الشراء لا يتم بالبائع وبائع شحم الظهر يسمى لحما لا شحما بخلاف الكل عند همالان إلا كل يتم بالاكل وحده وشحم الظهر شحم عند هما وبان لا يحنت في فصل الشراء لا يدل على أنه ليس بشحم عند هما فقد اكل الشحم فيحنت ألا ترى أن من حلف لا يشترى طعاما فاشترى لحما لم يحنت لأن بائعه يسمى لحما ولو حلف لايأكل كل طعاما يحنت باكل اللحم لأن الاكل يتم بالاكل وحده ومن حلف لا يشترى حدا فاشترى درهما من جديد لا يحنت لأن بائعه يسمى زرا إذا لا حدا إذا ولو حلف لا يمس حدا فمس درهما حنت لأن الممس يتم به وحده وقيل فصل الشراء على الخلاف وهو اختيار صاحب الهداية رحمه الله حيث جمع بين الاكل والشراء وذكر فيه الخلاف واختلف المشايخ في تعيين محل الخلاف قال بعضهم الخلاف في اللحم السمين على الظهر فعلى هذا كلام أبي حنيفة رحمه الله اظهره

(كتاب الايمان ... باب اليمين في الاكل والشرب)

وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنت لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد يعقد للمنع من الحرام وكذا اذا اكل كبد او كرشا لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقبل في عرفنا لا يحنت لانه لا يعد لحما ولو حلف لا يأكل ولا يشتري شحما لم يحنت الا في شحم البطن عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا يحنت في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله انه لحم حقيقة الا تراه انه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله وتحصل به قوته ولهذا يحنت باكله في اليمين على اكل اللحم ولا يحنت ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقبل هذا بالعربية فاما اسم يه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال ولو حلف لا يشتري ولا يأكل شحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنت لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال المحكوم والشحوم ومن حلف لا يأكل هذه

فلنا نعم كذلك ولكن معنى الاستهلاك ثمة اوضح لانه حينئذ لا يجد من طعم الحنطة شيئا في حلقه بخلاف ما لو اكل بسر امونيا او رطبا مذبذبا لانه يجد في حلقه شيئا من حموضة البصر وحلاوة الرطب وقبل الجواب فيهما واحدا

قوله وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنت لانه لحم حقيقة والصحيح انه لا يحنت بلحم الخنزير والادمي لان اكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف وذكر الزاهد العنابي انه لا يحنت وعليه الفتوى **قوله** وقال لا يحنت في شحم الظهر وذكر الطحاوي قول محمد رحمه الله تعالى عليه مثل قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه لا يوجب رجوع الشحم الى استثنى شحم الظهر من المحكوم حيث قال ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما

وان حلف لا يأكل الطيبخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبار المعروف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديد وان اكل من مرقه يحنت لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طيبخا ومن حلف لا يأكل الرأس فيمسه على ما يكبس في التناير ويباع في المصر ويقال يكبس وفي الجامع الصغير لو حلف لا يأكل رأسا فهو على رأس البقر والغنم عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا نفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر وان حلف لا يأكل فاكهة اكل عبا اور ما ناورطبا او قثاء او خيار الم يحنت وان اكل تفاحا وبطيخا وشمشا حنت وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمه الله في العنب والرطب والرمان ايضا والا صل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنت بلباس الطيبخ وهذا المعنى موجود في التفاح واخواتها فحنت بها وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا وكلاهما لا يحنت بهما واما العنب والرطب والرمان فهما يقولان ان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها و ابو حنيفة رحمه الله يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها

قوله وان حلف لا يأكل الطيبخ فهو على ما يطبخ من اللحم اي بالماء واما القلية اليابسة فلا يملك مطبوخا وهذا استحسان والقياس ان يحنت في اللحم وغيره مما هو مطبوخ ولكن الاخذ بالقياس متعذر حيث ينسد عليه باب المطعومات والمسهل من الدواء مطبوخ ونحن نعلم انه لو لم يرد ذلك فحملناه على خاص وهو متعارف وهو اللحم لانه الذي يطبخ في العادات الظاهرة ومنخذه يسمى طبخا فاما من طيبخ الآخر فلا يسمى طبخا **قوله** والرطب واليابس فيه سواء

(كتاب الايمان بسباب اليمين في الاكل والشرب)

وقال ان اكل من خبزها حث ايضا لانه مفهوم منه عرفا لابي حنيفة رح ان له حقيقة مستعملة فانها تقلى وتغلى وتؤكل فضا وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده ولو قسمها حث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الخبز حث ايضا ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حث لان عينه غير مأكل فانصرف الى ما يتخذ منه ولو استغنى كما هو لا يحث هو الصحيح لتعين المجاز مراداً ولو حلف لا يأكل خبزاً فيمينه على ما يعتاد اهل المصر اكله خبزاً وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان ولو اكل من خبز القثائف لا يحث لانه لا يسمى خبزاً مطلقاً الا اذا نواه لانه محتمل كلامه وكذا لو اكل خبز الارز بالعراق لم يحث لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان او في بلدة طعاهم ذلك يحث ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوي من بيض او غيره لمكان الحقيقة

قوله وقال ان اكل من خبزها حث ايضا لانه مفهوم منه عرفاً يقال اهل بلدة كذا يأكلون الحنطة والمراد باطن الحنطة وذا عام يتناول عنها وما يتخذ منها فوجب العمل لعموم المجاز كما من حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحث بالدخول حائياً ومتنعلاً وراكباً وراجلاً لانه مجاز عن الدخول ومحمد رح مر على اصله في السويق المتخذ منه لانه اكل المتخذ منه وابو يوسف رح خالف اصله لان حلفه انما يقع على المتخذ منه عرفاً ولا عرف في السويق والجواب لابي حنيفة رح من قولهما ان التعارف في الحنطة المطلق لا في هذه الحنطة فعلى هذا اذا حلف لا يأكل الحنطة يجب ان لا يحث بها كل الحنطة عندهم جميعاً كذا ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده رح **قوله** ولو استغنى فهو لم يحث وقبل يحث لانه كل الدقيق حنطة ولو عني اكل الدقيق بعينه لم يحث باكل الخبز لانه حقيقة كلامه .

لان الادم من الموائمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادم ما يؤكل تبعاً والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائماً به وفي ان لا يؤكل على الانفراد حكماً وتام الموافقة في الامتزاج ايضاً والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعاً بخلاف اللحم وما يضا فيه لانه يؤكل وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليس بادام هو الصحيح واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلاة الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشيًا *

قوله لان الادم من الموائمة وهي الموافقة قال صلى الله عليه وسلم لمغيرة بن شعبة رضي الله عنه حين خطب امرأة ابصره ان فانه احرم ان يؤاد م بينكما اي يوافق **قوله** كاللحم والبيض ونحوه كالخبز والسمك **قوله** والتبعية في الاختلاط حقيقة يعنى التبعية حقيقة في الاختلاط ليكون قائماً به والتبعية حكماً في ان لا يؤكل وحده واللبن لا يتانى فيه الاكل وحده لان ذلك يكون شرباً لا اكلًا وكذا الخل ونحوه من المائعات واما العنب والبطيخ قيل على الاختلاف وذكر الامام السرخسي رحمه الله انه ليس بادام بالاجماع وهو الصحيح والبقل ليس بادام بالاجماع لان آكله لا يسمى مؤثماً **قوله** فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر وهذا توسع في العبارة ومعناه اكل الغداء والعشاء والسحور على حذف المضاف وذلك لان الغداء اسم لطعام الغداة لا اسم اكله وكذلك العشاء بالفتح والمدا اسم لطعام العشي كذا في المغرب *

فاوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليا بس
 منها من التوابل او من الاقوات ولو حلف لا يأ تدم فكل شيء اصطبغ به ادم والشواء
 ليس بادام ولا ملح ادم وهذا عند ابي حنيفة وا بويوسف رحمهما الله تعالى وقال
 محمد رحمة الله تعالى عليه كل مايؤكل مع الخبز هالبا فهو ادم وهو رواية عن
 ابي يوسف رحمه الله تعالى

يعني ان ما كان فاكهة لافرق بين رطبه ويا بسه بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى
 لا يحس بيا بس البطيخ لان التفكه به غير معتاد

قوله فاوجب قصورا في معنى التفكه وهذا لان الفاكهة اسم لما يكون تبعا
 فما يكون اصلا من وجه من حيث انه يصلح للغذاء والدواء لا يتناول اسم الفاكهة
 لان جهة الاصلية فيها اوجب قصورا في تبعيته فلا يتناول اسم التبع كما لا يتناول اسم
 الشحم اللحم السمين وكما لا يتناول اسم المني عن كمال مسماه القاصر كما للحم
 لا يتناول السمك والمملوك لا يتناول المكاتب **قوله** ولهذا كان اليا بس منها من التوابل
 كيا بس الرمان او من الاقوات كيا بس الغنم يريد به ان يابس هذه الاشياء لا يعد فاكهة
 فيجب ان يكون رطبها كذلك وقيل هذا اختلاف عصر و زمان فاليا بس في زمن
 ابي حنيفة رحمه الله كانوا لا يتفكهون بها وفي زمنهما يتفكهون فاقوى كل بحسب ما شاهد في
 زمانه وفي المحيط العبرة للمعرف فمأثوكل على سبيل التفكه عادة وبعد فاكهة في العرف
 يدخل تحت اليمين ومالا فلا **قوله** ولو حلف لا يأ تدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادم ولفظ
 اصطبغ به على البناء للمفعول وفي المهرج الصبغ ما يصبغ به ومنه الصبغ من الادم
 لان الخبز يغمس فيه ويلون به كالخل والزيت ويقال اصطبغ الخبز بالخل

وان قال ان لبست ثوبا اواكلت طعاما وشربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة
لانه نكرة في محل الشرط فتعم نعمت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين
في القضاء ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باثاء لم يحث حتى يكرع منها
كرعا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال اذا شرب منها باثاء لم يحث لانه المتعارف المفهوم

قوله ومن قال ان لبست الى قوله لم يدين في القضاء وغيره اي لا يصدق قضاء وديانة
لان النية تعمل في الملفوظ لانها لتعيين ما احتمله اللفظ والثوب وما ايضا هي غير
ملفوظ وانما ثبت مقتضى ولا عموم للمقتضى عندنا فلم يحتمل التخصيص وعند
الشافعي رحمه الله يصدق ديانة لان للمقتضى عموما عنده وعن ابي يوسف رحمه
الله انه يصدق فيما بينه وبين الله وبه اخذ الخفاف رحمه الله ولو قال ان خرجت ونوى
السفر يصدق ديانة لتنوعه الى مديد وتصير فصيح تعيينه احدهما ولو نوى مكة لا يصدق
قضاء وديانة ولو حلف لا يساكن ونوى المساكنة في بيت واحد يصدق لانه نوى اتم
ما يكون من المساكنة فان اعم ما يكون من المساكنة في بلده او مطلقا من المساكنة
في العرف في دار واحدة واتم ما يكون من المساكنة في بيت واحد فهذه النية ايضا يرجع
الى نوع المساكنة الثابتة بصيغة كلامه والاصل فيه عندنا انه متى ذكر الفعل ونوى
التخصيص في المفعول كنية التخصيص في الملبوس والمطعم والمشروب في مسئلة الكتاب
لا تصح نيته وكذا لو نوى تخصيص الحال بان يقول لرجل وهو قائم والله لا اكله ونوى
حالة قيامه لا يصح الا ان يقول في يمينه لا اكل هذا الرجل القائم وكذا لو نوى تخصيص
الصفة بان يقول لا تزوج امرأة ونوى كوفية او نصرية لغت نيته ولو نوى عجمية او حبشية عملت
نيته فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى التخصيص في الجنس وذلك في لفظه كذا في المبسوط

قوله حتى يكرع منها الكرع تناول الماء بالفم من موضعه يقال كرع الرجل في الماء

(كتاب الايمان باب اليمين في الاكل والشرب)

ولهذا يسمى الظهر احدى صلوتي العشاء في الحديث والسحور من نصف الليل الى طلوع
الفجر لانه مأخوذ من السحر وينطلق على ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع
عادة وتعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع
ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدني حر و قال عنيت شبناد ون شيء لم يدين في
القضاء وغيره لان النية انما تصح في المفلوظ والثوب وما يضا فيه غير مذكور تنصيحا
والمقتضى لا عموم له فلفت نية التخصيص فيه

قوله ولهذا يسمى الظهر احدى صلوتي العشاء روي ان النبي عليه السلام انصرف
من احدى صلوتي العشاء على ركعتين اما الظهر والعصر فسمى الراوي هاتين
الصلوتين صلوتي العشاء **قوله** وينطلق على ما يقرب منه السحور مأخوذ من السحر
وانه اسم آخر الليل قبل طلوع الفجر فكان منتصف الليل تريبا من السحر فيطلق عليه
اسم السحر **قوله** ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة حتى لو اكل لقمة او قمتين لا يحسب
ومقدار الغداء والعشاء ان يأكل اكثر من نصف الشبع **قوله** وتعتبر عادة اهل كل بلدة في
حقهم يعني ان كانت خبز افخيز وان كانت احمأ فالحكم حتى ان الحضري لو حلف عليه ترك
الغداء فشرب اللبن لم يحسب والبدوي بخلافه لانه غداء في البادية والتضيح ما بين طلوع
الشمس وبين ارتفاع الضحى الاكبر وروي عن محمد رحمه الله فيمن حلف لا يكلمه
الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير وكلمه لم يحسب لان وقت السحر ما قرب
من الفجر وانتهت اليمين بدخول وقت السحر والمساء امسا ان احدهما انه اذا زالت
الشمس والاخر اذا غربت الشمس فاذا حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي
فهذا على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمين على المساء الاول فيحمل
على الثاني كذا في الايضاح .

نصار كما اذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامراته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنت فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنت وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يحنت في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقاءه التصور عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله لان اليمين انما تعتقد للبر فلا بد من تصور البر ليتمكن ايجابه وله انه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنت عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله يحنت في الحال وفي الوجه الثاني يحنت في قولهم جميعا

اجماعا ما عنده فلانه منصرف الى الكر عوا ما عندهما فلا نه مثل الفرات في امساك الماء فتقطع النسبة فخرج من عموم المجاز ولو حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرّب من نهر آخر من الفرات حنت لان حلقه انعقد على ماء منسوب الى الفرات والنسبة لا تنقطع بالانها را الصغار *

قوله نصار كما اذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة هذا اذا كان النهر الذي يأخذ من دجلة صغيرا اما اذا كان كبيرا تنقطع النسبة من دجلة **قوله** ولو كانت اليمين مطلقة اي غير موقت بوقت وهو اليوم مثلا ففي الوجه الاول وهو ما اذا لم يكن في الكوز ماء لا يحنت عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه يحنت في الحال وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان الماء موجودا في الكوز فاهريق يحنت في قولهم جميعا

(كتاب الايمان باب اليمين في الاكل والشرب)

وله ان كلمة من للتبعض وحقيقة في الكرع وهي مستعملة ولهذا بحث بالكرع
اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا وان حلف لا يشرب من ماء دجلة
فشرب منها بائنا حنث لانه بعد الاعتراف بقي منسوب اليه وهو الشرط

في الاناء اذا مدغنة نحوه ليشربه ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لانه فعل البهيمه
يدخل فيه اكارعه

قوله وله ان كلمة من للتبعض وحقيقة في الكرع اي حقيقة في ان يضع فاه على
بعض الدجلة وفي الكرع ذلك اولا ابتداء الغاية وذاك في ان يكون ابتداء شربه
من دجلة والحقيقة مستعملة عرفا وشرعا اما عرفا فظاهر واما شرعا جاء في الحديث ان النبي
صلعم قال لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء باق في الشن والاكرعنا وفي الوادي الحقيقة
مرادة هنا ولهذا بحث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا
فان قيل لانسلم ان الحنث في الكرع باعتبار الحقيقة بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما في
قوله لا يضع قدمه في دار فلان ولما كان كذلك وجب ان يحنث فيما اذا شربه بالاعتراف
لما ان الحكم في عموم المجاز كذلك فلما الكرع من الفرات مستعمل والحكم ينترتب
على الحقيقة دون المجاز اذا كانت مستعملة بخلاف قوله لا يضع قدمه الى دار فلان
فان ذلك صار عبارة عن الدخول في العرف ولهذا لا يحنث بوضع القدم اذا
لم يدخل والاخلاف فيما اذا حلف لا يشرب من دجلة نظير الاختلاف فيما
اذا حلف لا يأكل من هذه الحنطة **قوله** وهو الشرط اي كونه منسوباً الى
دجلة بخلاف ما تقدم لان الشرط ثم ان يكون ابتداء شربه من موضع يسمى دجلة
او بعض دجلة ولو حلف لا يشرب من هذا الكوز نصب الماء في كوز آخر فشرب منه
لم يحنث لتبدل النسبة ولو حلف لا يشرب من الفرات فشرب من نهر آخر منه لم يحنث

كما اذا مات الحالف والماء باق اما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم تبق محمية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما اذا عقد ابتداء في هذه الحالة ومن حلف ليصعدن السماء اوليقلبن هذا الحجز ذهابا

الظهر يتعين آخر الوقت وكذا اذا هلك المحلوف عليه قبل آخر الوقت لا يحنث في الحال بالاجماع ايضا وانما الخلاف في الحنث بعد مضي الوقت عند ابي يوسف ربح يحنث وعندهما لا يحنث واذا ثبت ان البر يجب في آخر الوقت وعند ذلك لم يبق محمية البر لاراقته الماء قبل ذلك فلا يجب البر ويبطل اليمين فان قيل ينبغي ان يبقى اليمين ولا يبطل لان اعادة ذلك الماء مقدور وعقد اليمين ابتداء على تلك القدرة جائز كما اذا حلف ليقلبن هذا الحجز ذهابا فاولى ان يبقى المعقود على تلك القدرة قلنا ابتداء اليمين انعقدت في الكوز على الممكن في الظاهر وعند الراقته ما بقي ذلك الممكن محكما فلا تبقى اليمين على خلاف ما انعقدت اما في مسئلة الحجز اليمين انعقدت ابتداء على القدرة في الجملة لاعلى الامكان الظاهر

قوله كما اذا مات الحالف يعني اذا مات الحالف قبل تحقيق البر فانه يحنث وتجب الكفارة خلفا عن البر بحكم العجز الثابت عادة وان كان البر متصورا باعادة الحياة فكذا بعد الفراغ عن اليمين وجب ان يحنث بالعجز الثابت عادة وتجب الكفارة وان كان البر متصورا باعادة الماء فان قيل العجز من حيث العادة عقيب اليمين لما كانت ترفع اليمين فالعجز المقارن لليمين اولى ان يمنعها من الانعقاد لان المنع اسهل من الرفع قلنا ما تغير العجز ان جاز ان يكون الطارئ رافعا والمفارن غيره مانع كالشبح الفاني عجزه عن الصوم لا يمنع وجوب الصوم عليه ثم عجزه برفع الواجب حتى ينتقل الى الفداء وكذا لو تزوج امة بغير اذن مولاه انعقد النكاح ولا يكون حق المولى مانعا منه من بقاء الانعقاد فاذا اشتراها

فابو يوسف رحمه الله تعالى عليه فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ان التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحسن قبله وفي المطلق يجب البرك كما فرغ وقد عجز فيحسنت في الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق ان في المطلق يجب البرك كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحسن في يمينه

قوله فابو يوسف رحمه الله تعالى عليه فرق بين المطلق والموقت اي في تنجز الحسنت وتأخره فقال في المطلق تنجز الحسنت كما فرغ من اليمين وفي الموقت باليوم بناءً خرا الحسنت الى آخر اليوم وهما ايضا فرقا في الحسنت وعدمه لكن في صورة واحدة وهو ما اذا كان الماء موجودا وقت اليمين ثم اهرى فقالا في المطلق يحسن وفي الموقت باليوم لا يحسن وجه الفرق لابي يوسف رحمه الله تعالى عليه ان في اليمين المطلق يجب البرك كما فرغ من اليمين والتوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فان قيل التوقيت انما يكون للتوسعة ان لو وجب الفعل عليه في الحال لولا ذكر الوقت وليس كذلك فان من عقد يمينه على الفعل مطلقا يجب عليه في آخر عمره كما في قوله ليأتين البصرة فيكون التوقيت على هذا المنضييق لا للتوسعة قلنا انما ينتظر آخر العمر في فعل يرجي بحقيقته كما في قوله ليأتين البصرة وهذا بمعزل من ذلك لانه لا يرجي شرب الماء المعدوم فلا فائدة في الانتظار فيجب الفعل في الحال ووجه الفرق لهما كذلك ان في المطلق يجب البرك كما فرغ من اليمين نفوات المحلوف عليه بعد وجوب البرك لا يمنع الحسنت كما اذا مات الحالف والماء باق فاما في الموقت يجب البرك في الجزء الاخير من الوقت لما عرف ان اليمين متى عقدت على فعل لا يمتد مضافا الى وقت تعين الجزء الاخير للمزوم الفعل ولا يحسن بترك الفعل المحلوف عليه قبل ذلك لان الوقت صار ظرفا له لا معيارا فيلزم في جزء من ذلك الوقت ويتعين آخره كصلوة الظهر في وقت

واذا كان منصورا تنعقد اليمين موجبا لحلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة
كما ذمات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحياة بخلاف مسألة الكوز
لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا ينصور فلم ينعقد
والله تعالى اعلم بالصواب

باب اليمين في الكلام

ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث لانه قد كلمه
ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه

مستحيل الوجود في نفسه لا يختلف بين محلف ومحلوف له فكان مستحيل الوجود في حق
الكل كما استحالة الجمع بين الحركة والسكون وكذا تحول الحجر ذهابا بتحويل الله تعالى
كما يحكى عن بعض الاخيار

قوله واذا كان منصورا تنعقد اليمين وذلك لان الايجاب من العبد معتبرا بالايجاب
من الله تعالى واليمين جهة في ايجاب البر والايجاب من الله تعالى يعتمد التصور
دون القدرة فيما له حلف الا ترى ان الصوم واجب على الشيخ الفاني وان لم يكن
له قدرة لمكان التصور والحلف فكذلك ههنا حنث عقيب وجوب البر فوجبت
الكفارة للعجز الثابت عادة كوجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم كذا في الفوائد
الظهيرية والله تعالى اعلم بالصواب

باب اليمين في الكلام

قوله ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث اعلم ان التكلم عبارة
عن اسماعه كلامه كما في تكليم نفسه فانه عبارة عن اسماع نفسه الا ان اسماع الغير امر

انعقدت يمينه وحنث عقوبتها وقال زفر رحمه الله لا تنعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا ترى ان الملائكة يصعدون السماء وكذا تحول الحجر ذهبا بنحويل الله تعالى

من يحل له وطعمها يصير حق المشتري رافعا لذلك العقد ولا تعمل الا جازة لما عرف ان الحل البات اذا طرأ على حل موقوف بطله فان قيل اذا حلف ليقتل فلانا وهو عالم بموته فنعقد يمينه على حيوة يحدث فيه باحداث الله تعالى ثم لا ننعقد اليمين في المسئلة الكوز على ماء يخلق الله تعالى في الكوز بعد اليمين قلنا ان الله تعالى لو خلق الماء في الكوز لم يكن هذا الماء محلولاً عليه اذ المحلول عليه هو الماء الذي في هذا الكوز وقت اليمين بخلاف مسئلة القتل فان الله تعالى لو خلق الحيوة في الميت الفلاني كان فلا نابعينه فلهذا لا فرق في مسئلة الكوز بعد ان يكون عالما بعدم الماء في الكوز او لم يكن عالما وقت اليمين في الصحيح من الجواب فان قيل هلا قدر اليمين كما نه قال لاشربن الماء الذي في هذا الكوز ان خلق فيه الماء كافي مسئلة القتل ان كان عالما بموته قلنا قوله لاشربن الماء الذي في هذا الكوز عبارة عن الوجود كانه اشار والاشارة الى المعدوم لا تصح واذا كان هذا عبارة عن الموجود يعتبر بما لو نص عليه ولو نص عليه وقال لاشربن الماء الموجود في هذا الكوز ان خلق لا يستقيم ويكون وصفا منه للشيء الواحد بالوجود والعدم فلا يثبت اقتضاء فاما في مسئلة القتل لو نص عليه وقال لاقتلن فلانا ان عادت اليه الحيوة كان مستقيما فامكن اثباته اقتضاء *

قوله انعقدت يمينه وحنث عقوبتها هذا اذا حلف مطلقا واما اذا وقت اليمين لم يحنث ما لم يمض ذلك الوقت **قوله** الا ترى ان الملائكة يصعدونه وكذا الجن قال الله تعالى وانما لمسنا السماء فلما كانت السماء عينا لموسة بمخلوف كان المس متصورا لمخلوف آخر لا مستحيلا لان

وكل ذلك لا يتحقق الا بالسمع وقال ابو يوسف رحمه الله لا يحسن لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضاء قلنا الرضاء من اعمال القلب ولا كذلك الاذن ^{على ما امر} وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر تتابد اليمين وذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لا صوم شهر لانه لو لم يذكر اشهر لا تتابد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعين اليه

صوته في اذنه وان لم يفهم لغا فله اني لغفله فيبحث الا ترى انه لو ناداه وهو بعد يسمى هاذيا ولو ناداه وهو قريب يسمى مناديا كذا في المبسوط

قوله وكل ذلك لا يتحقق الا بالسمع فان قيل يشك بما اذا اذن عبده وهو لا يعلم صار مأذونا عند ابي حنيفة رحمه الله قلنا ان العبد كان من اهل التصرف بالادمية لانه كان معجورا للحق المولى فاذا اذن المولى فقد ارتفع المانع وارتفع المانع لا يتوقف على سماعه وعلمه واما في اليمين فلما حرم كلامه باليمين الا عند الاذن صار الاذن مثبلا باحة الكلام للحالف فلا بد من الاعلام بذلك **قوله** وانه يتم بالاذن كالرضاء يعني اذا حلف لا يكلمه الا برضاء فرضي المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف مكلمه لا يحسن لما ان الرضا يتم بالراضي فكذلك الاذن يتم بالاذن **قوله** ولا كذلك الاذن ^{على ما امر} وهو قوله لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام ولا يتحقق ذلك الا بالسمع **قوله** وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف الى قوله عملا بدلالة حاله وهو الغيظ الذي لحقه في الحال لان الحامل ^{على} اليمين غيظ لحقه منه في الحال فيمنع نفسه عن التكلم معه في الحال **قوله** لانه لو لم يذكر الشهر لا تتابد اليمين اما لان قوله لا صوم من اثباتي بخلاف قوله لا يكلمه فانه مدمي والعدمي يستغرق بخلاف الاثباتي الا ترى انه كيف استغرق النهي في قوله لا يفعل ولم يستغرق الامر في قوله افعل واما لان الصوم غير صالح لنا بيد لخلال الاوقات التي لا تصلح ان تكون محالا للصوم بخلاف

كتاب الايمان باب اليمين في الكلام

فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع اكنه لم يفهم لتغافله وفي بعض روايات المبهوط
 شرط ان يوفظه وعليه مشايخنا راح لانه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو
 بحيث لا يسمع صوته ولو حاف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى
 كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن

باطن لا يوقت عليه فاقيم السبب المودعي اليه مقامه وهوان يكون بحيث لو اصفى اليه اذنه
 ولم يكن به مانع يسمع ودرا الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الاسماع كذاني مبسوط شيخ
 الاسلام رحمه الله وذكر في الذخيرة لا يحنث حتى يتكلم بكلام مستأنف بعد اليمين
 منقطع عنها فان كان موصولا لم يحنث نحوان يقول ان كلمتك فانت طالق فاذهي
 او قومي لان هذا من تمام الكلام الاول فلا يكون مراد باليمين وكذلك اذا قال
 واذهي الا ان يريد بهذا كلاما مستأنفا فعلى هذا لو قال الرجل لغيره ان ابتدأتك
 بالكلام فعبدني حر فالتقياس لم كل واحد منهما صاحبه معالم يحنث الحالف فيه
 لان شرط الحنث كلام موصوف بصفة البداءة والبداءة بالسبق والحالف ان كلمه
 بالسلام الا انه لم يسبقه ويسقط اليمين عن الحالف بهذا الكلام حتى لا يحنث ابدأ بحكم
 هذه اليمين لوقوع الياس عن كلامه بصفة البداءة لان كل كلام يوجد بعد هذا من الحالف
 انما يوجد بعد كلام المحلوف عليه وعن هذه المسئلة قلنا ان الرجل اذا قال لامرأته ان
 ابتدأتك بكلام فانت طالق وقالت المرأة له ان ابتدأتك بكلام فجاريتي حرة ثم
 ان الزوج كلمها بعد ذلك لا يحنث في يمينه لان المرأة كلمته بعد اليمين حيث قالت ان
 ابتدأتك بكلام فلا يكون الزوج مبتدئا لها ثم المرأة بتكلمها لا يحنث في يمينها
 ايضا لانها ما ابتدأت بالكلام *

قوله فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع الا انه لم يفهمه لتغافله فان هناك يحنث لانه وقع

في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال صلى الله عليه وسلم ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحدث في غير الصلوة ايضا لانه لا يسمى متكلم بل قارئاً ومصححاً ولو قال يوم اكلم فلا نفاً مرأته طالق فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ برة

تعالى حتى يسمع كلام الله فالتكلم به له حكم التكلم وكذا التسميع والتهيل كلام ايضا قال عليه السلام ان الله تعالى اختار من الكلام اربعاً من القرآن وليس بقرآن سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله اكبر

قوله في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا ما عرفنا ظاهراً وما شرعنا فلان الشرع لم يجعل القارئ في الصلوة متكلماً حيث قال لا يصلح فيها شيء من كلام الناس والقراءة مشروعة فلا تكون كلاماً **قوله** لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت اعلم ان لفظ اليوم يطلق على بياض النهار بطريق الحقيقة اتفاقاً وعلى مطلق الوقت بطريق الحقيقة عند البعض فيصير مشتركاً وبطريق المجاز عند الاكثر وهو الصحيح لان حمل الكلام على المجاز اولي من حمله على الاشتراك عند تعارض المجاز والاشتراك لان المجاز في الكلام اكثر فيحمل على الاغلب ثم لا شك انه ظرف فان كان مظهره مما يمتد وهو ما يصح فيه ضرب المدة أي يصح تقديره بمدة كاللبس والمسكنة والركوب ونحوها فانه يصح ان يقدر به زمان يقال لبست هذا الثوب يوماً وركبت هذه الدابة يوماً وسكنته في دار واحدة شهراً يحمل على بياض النهار لانه يصلح مقدراً له فكان الحمل عليه اولي وان كان مظهره مما لا يمتد كالخروج والدخول والقدوم اذ لا يصح تقدير هذه الافعال بزمان يحمل على مطلق الوقت اعتباراً للتناسب واختلاف

وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلوته لا يحسن وان قرأ في غير صلوته حنث وعلى هذا
التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى
عليه لانه كلام حقيقة ولنا انه

الامتناع عن الكلام فان الاوقات كلها سواء في حقه فكان ذكر الشهر لنقد ير الصوم به
وانه منكر ولم يتعين الشهر الذي يلي اليمين وبمثله ان تركت الصوم شهرا
يتعين الشهر الذي يليه ولو قال صوم شهر لا يتعين لان في الاول ادخل اللام فيه فاقضى
صوم العمر فكان ذكر الشهر لاخراج ما وراءه عن اليمين وفي الثاني اضاف الصوم
الى الشهر فصار الشهر لنقد ير الصوم كذا ذكره الامام التمر تاشي رحمه الله فان قيل
يشكل بما اذا قال امرك بيدك شهرا فانه يتعين الذي يليه وان كان لا يتأبد
اذا لم يذكر الشهر قلنا قوله امرك بيدك موجه تغويض الطلاق اليها في الساعة ويقتصر على
المجلس فذكر الشهر فيه لمداحكم من هذه الساعة الى الشهر فتعين الشهر اذ لم يتعين
لا يكون لمداحكم من هذه الساعة الى الشهر بخلاف فصل الصوم فان قوله والله لا صوم
لا يتعين فيه الساعة ولا يقتصر على المجلس فافترقا

قوله وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلوته لم يحنث وان قرأ في غير صلوته حنث لانه متكلم
بكلام الله تعالى **قوله** وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير لا يحنث بها في الصلوة و
يحنث بها خارج الصلوة وقال الفقيه ابو الليث رح ان عقد يمينه بالفارسية لا يحنث بالقراءة
والتسبيح خارج الصلوة ايضا للمعرف فانه يسمى قارئاً مسجداً لا متكلماً وعليه الفتوى وقال
شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده رح لا يحنث خارج الصلوة اذ قرأ وسبح او هلل لانصراف
يمينه الى كلام الناس والقياس ان يحنث في الوجوه كلها لانه كلام حقيقة
باعتبار انه معني ينائي السكوت والآفة والطفولة والخرس والقرآن كلام الله قال الله

وما جاء استعماله في مطلق الوقت ولو قال ان كلمت فلانا الان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان يا ذن فلان او حتى يا ذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدم او الاذن حث ولو كلمه بعد القدم والاذن لم يحث لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحث بالكلام بعد انتهاء اليمين وان مات فلان سقط اليمين خلا فالابي يوسف رحمة الله تعالى عليه

قوله وما جاء استعماله في مطلق الوقت اي المذكور بعبارة الفرد اما اذا ذكر بلفظ الجمع فلا يخص بسواد الليل كما في قول الشاعر (شعر)
 وكنا حسينا كل سوداء تمره ليا لي لا قبنا الجذيم وحميرا
 والمراد به الوقت **قوله** لانه غاية ما في كلمة حتى فظا هر لانها للغاية قال الله تعالى هي حتى مطلع الفجر وكذا الان قال الله تعالى ولا تيمموا الخبيث الى ان قال الا ان تغمضوا فيه معناه والله اعلم حتى تغمضوا فيه وكذا قوله تعالى ولا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم فان قيل كلمة الا ان للشرط بدليل انه لو قال انت طالق الا ان يقدم فلان فهو بمنزلة قوله ان لم يقدم فلان فلنا هي الغاية فيما يحتمل التأقيت والطلاق مما لا يحتمل التأقيت حتى لو قال لها انت طالق شهر ايتا بد وهذا لان كلمة الا الاستثناء حقيقة وبينه وبين الغاية مناسبة من حيث ان حكم كلمة ما قبل الغاية يخالف حكم ما بعده كما ان حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعده فان تعذر حمله على الاستثناء ينظر ان دخل على ما يتوقف حمل على الغاية كما في مسألة الكتاب وان دخل على ما لا يتوقف كما لطلاق حمل على الشرط لان بين الشرط والاستثناء مناسبة ايضا من حيث ان حكم ما قبل الشرط يخالف حكم ما بعده الا ان مناسبة الغاية اكثر لان في الاستثناء حكم الكلام ثابت في المستثنى منه في الحال وكذا حكم الكلام ثابت في المغيا قبل وجود الغاية اما

والكلام لا يمتد وان عني النهار خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا ومن ابي يوسف
 ورحمة الله تعالى عليه انه لا يدين في القضاء لانه خلاف المتعارف ولو قال ليلة اكلم
 فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة

عبارة المشايخ رحمهم الله في قوله اذا قرن بفعل لا يمتد ذكر بعضهم ان الفعل المقرون
 به هو الذي تنصب به اليوم كالا مريا اليد في قوله امرك بيدك يوم يقدم فلان
 فانه مما يمتد فلماذا اختص ببياض النهار وذكر بعضهم ان الفعل المقرون به هو الذي
 اضيف اليه اليوم كما في قوله يوم اكلم فلانا فامرأته طالق حيث قال والكلام مما
 لا يمتد فحمل على مطلق الوقت وكذا قوله يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا
 طلقت لان التزوج مما لا يمتد جعل الفعل المقرون به التزوج والمسائل في الجامع الصغير
 وغيره لكن هذا تسامح في العبارة لما لم يختلف الجواب فيما اذا كان المضاف اليه
 مما لا يمتد وكذا الجزاء كالطلاق والحرية تسامحوا في ذلك فجعلوا الفعل المقرون به
 هو المضاف اليه اما فيما اذا كان المضاف اليه غير ممتد كالقدوم والجزاء ممتد كالامر
 باليد في قوله امرك بيدك يوم يقدم فلان اعتبروا الجزاء وحملوه على بياض النهار
 اخذوا بالتحقيق فظهر من هذا ان المراد بالفعل المقرون به هو الجزاء لا المضاف اليه

قوله والكلام لا يمتد فان قيل الكلام يمتد ولهذا يقبل التوقيت فيقال
 كلمت الى المهاء كما يقال لبست يوما فلنا الكلام عرض والعرض لا يقبل
 الامتداد لذاته وانما جعل ممتدا بتجدد امثاله كالضرب والجلوس والركوب
 وغير ذلك الا ان استدامة الركوب وامثاله في المرة الثانية مثل الاولى من كل
 وجه فجعل كالعين الممتد اما الكلام الثاني لا يكون مثل الاول من كل وجه
 اذ يكون بعضه خبرا وبعضه امرا وبعضه نهيا فلم يستقيم القول فيه بتجدد الامثال

ولهذا لم يعينه فلا بحث بعد زوال الاضافة بالشك وان كانت يمينه على عبد يعينه بان قال عبد
 فلان هذا او امرأة فلان يعينه او صديق لم يعينه بحث في العبد وبحث في المرأة والصديق وهذا قول
 ابي حنيفة وابي يوسف رحم وقال محمد در بحث في العبد ايضا وهو قول زفر رحم وان حلف
 لا يدخل دار فلان هذه فباعتها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف وجه قول محمد وزفر رحم ان
 الاضافة للتعريف والاشارة ببلغ منها فيه لكونها فاطعة للشركة فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة
 وصار كالصديق والمرأة ولهما ان الداعي في اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان
 لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد
 اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة
 لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر
 لعدم التعيين بخلاف ما تقدم وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه بحث
 لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان

قوله ولهذا لم يعينه اي بالاشارة لم يقل امرأة فلان هذه او صديق فلان هذا
قوله والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين اي لانه لم يعين اي لم يقل
 لا اكلم صديق فلان لان فلا ناعد ولي بخلاف ما تقدم اي من مسئلة الدار والثوب
 والعبد لان الداعي لمعنى في المضاف اليه فيها ظاهر لان تلك الاعيان لا تهجر لذواتها ما غير
 العبد فظاهر وكذا العبد على ظاهر الرواية لانه لخسته وسقوط منزلته الحق بالجمادات فيبيع في
 الاسواق كما يبيع البهائم فلا يقصد بالهجران فكانت الاضافة معتبرة فلا بحث بعد زوالها فان قيل
 يحتمل ان يكون الهجران لاجل ذات الدار والدابة على ما قيل الشؤم في الثلث في الدار
 والمرأة والفرس قلنا ذلك احتمال لم يقترن به العرف والعادة لما ان هذه الاعيان لا تهجر ولا
 تعادى ماد لذواتها وما قلنا من هجران هذه الاعيان بسبب ملاكها مؤيد بالعرف فكان اولي

لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت منصور الوجود
فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين ومن حالف
لا بكلمة عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فباع فلان عبده
او بانته منه امرأته او عا دى صديقه فكلمهم لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل
واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك او اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث
قال رضي الله عنه هذه في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة عند محمد رحمه الله تعالى
يحنث كالمرأة والصديق قاله في الريا دات لان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق
مقصودان بالمعجران فلا يشترط دوا مهو وتعلق المحكم بعينه كما في الاشارة وجهه ما ذكر
ههنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه

في الشرط لا حكم للكلام قبل وجود الشرط فلهذا لم يحتمل على الشرط ما لم يتعذر
حمله على الغاية وانما جعل مجازا عن اشتراط عدم القدوم لما بين استثناء الشيء واشتراط
عدمه من المشابهة فان الشيء اذا استثنى عن حكم فذلك الحكم لا يثبت عند وجوده وانما
يثبت عند عدمه فيجعل استثناء القدوم مجازا عن اشتراط عدم القدوم فيصير كانه قال انت
طالق ان لم يقدم فلان وهذا لانه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون القدوم علما على
عدم الطلاق فصار عدمه علما على الوقوع ضرورة.

قوله لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم يعني الممنوع باليمين
كلام ينتهي منعه بالاذن والقدوم له وبعد ما مات فلان لم يبق الكلام بهذه
الصفة متصورا لوجود فسقطت اليمين كما في مسألة الكوز.

ولو سكت عنه يتأبد فيتعين ما ذكرناه وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال
 ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم تكن له نية اما اذا نوى شيئا
 فهو على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه

قال وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابو حنيفة
 رحمه الله الدهر لا دري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعروف بالالف
 واللام يراد به الابد عرفا لهما ان دهر يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ
 حين ومنذ دهر بمعنى وابو حنيفة رحمه الله توفى في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا

وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر والمراد به
 اربعون سنة وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى يؤتي اكلها كل حين بأذن ربها وانه سنة
 اشهر من حين يخرج الطلع الى ان يدرك التمر فعند الاطلاق يحمل على الوسط
 من ذلك فان خير الامور واسطها وانا نعلم انه لم يرد الساعة لان الغضبان لا يعزم على
 ترك الكلام ساعة ولا يحلف على ذلك ونعلم انه لم يرد به اربعين سنة لانه ان اراد
 ذلك يقول ابد الاله بمنزلة الابد او بسكت

قوله ولو سكت عنه يتأبد اي لو سكت عن ذكر الحين وقال لا يكلم فلانا يكون على
 الابد فلما ذكر حيننا مع ذلك وجب ان يستفاد منه معنى سوى المعنى الذي يستفاد عند
 عدم ذكره ليفيد ذكره وتلك الفائدة يجب ان لا يكون الزمان ليسير ولا اربعين سنة
 لما ذكرنا آفاقنا من مافلنا وهو ستة اشهر **قوله** وقال ابو حنيفة رحمه الله تعالى عليه
 لا ادري ما الدهر اي في حكم التقدير لان الدهر مخالف للحين والزمان اذ معرفته
 يقع على الابد بخلاف الحين والزمان فلم يلحق بهما قياسا **قوله** وهذا الاختلاف

(كتاب الإيمان باب اليمين في الكلام فصل)

فصار كما اذا اشار اليه ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث
لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذا الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية
الى اليمين على ما مر من قبل والله تعالى اعلم بالصواب .

فصل

قال ومن حلف لا يكلم حينا وزمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قدير اذ به
الزمان القليل قال الله تعالى يسبحان الله حين تمسون وقيراد به اربعون سنة قال الله
تعالى سبحانه هل اتى على الانسان حين من الدهر وقيراد به ستة اشهر قال
الله تعالى تؤتي اكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان
اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمديد لا يقصد به غالبا لانه بمنزلة الابد

قوله فصار كما اذا اشار اليه اي قال لا اكلم صاحب الطيلسان هذا وان كلم المشتري
لا يحث لما بينا **قوله** وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين جواب سؤال يرد على قوله
اذا الصفة في الحاضر لغو بان يقال الصفة قد اعتبرت في الحاضر في قوله لانا كل هذا الرطب
حتى لا يحث اذا اكله بعد ما صار تمرا فاجاب ان الصفة انما تعتبر في الحاضر اذا كانت
داعية الى اليمين وهذه الصفة غير داعية الى اليمين فلم تعتبر في الحاضر **قوله** على ما مر
اي فيما اذا حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فاكله بعد ما صار شاة لم يحث والله اعلم .

فصل

قوله ومن حلف لا يكلم فلانا حينا وزمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر وانما
اسموى المعروف والمكسر لان ستة اشهر لما صارت مفهودة فيما انصرف التعريف
الى المعهود **قوله** لان الحين يذكرو براد به الزمان القليل قال الله تعالى حين
تمسون وحين تصبحون اي ساعة تمسون وساعة تصبحون والمراد به وقت الصلوة

فينصرف الى اقصى ما يذكربلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع
والسين وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود دونه ومن قال لعبده ان خدمني اياما
كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه عشرة ايام

قوله فينصرف الى اقصى ما يذكربلفظ الجمع وذلك عشرة لان اسم الايام ينتهي بالعشرة
اذا كان مقرونا بالعدد يقال ثمانية ايام وعشرة ايام فاذا جا وز العشرة لا يسمى اياما
مقرونا بالعدد يقال احد عشريوما ولا يقال احد عشرا يام ثبت ان معهود الايام عشرة
وكذلك الجواب عنده في الجمع والسين انه ينصرف الى العشرة لان العشرة معهود بلفظ الايام
ونحوها لانها اكثر ما يطلق عليه صيغة الجمع فاذا دخل عليه لام التعريف تناول ما هو الاكثر
حملا على الاستغراق وهذا لان الكل من الايام عشرة والافل ثلاثة والكل من الافل بمنزلة العام
من الخصوص والاصل في العام هو العموم ما لم يقم الدليل على الخصوص فيحمل على
الكل ما لم يقم الدليل على الافل فكان الصرف الى تعريف هذا المعهود اولى من الصرف الى
تعريف الاسبوع فان الاسبوع ينتهي ايامها باسميها والام انما دخلت على الايام فالصرف
الى تعريفها في انفسها اولى فان قيل انما تنتهي الايام الى عشرة لغة اذا كانت مقرونة بالعدد
لا مطلقة فان الله تعالى قال وتلك الايام نداولها بين الناس لا يراد بها العشرة قصر عليها ولايام
هنا ذكرت مطلقة عن العدد قلنا اسم الجمع للعشرة وما دونها الى الثلاثة حقيقة حالتي
الاطلاق واقتترانه بالعدد هو اسم لما زاد على العشرة عندا لاطلاق لا عندا لاقتران بالعدد
والشيء متى كان اسما للشيء في جميع الاحوال كان اثبت مما هو اسم له في حال دون حال ولان
الزائد على العشرة ايام عند الاطلاق ويوم عند اقتترانه بالعدد فلم يدخل تحت الايام التي
هي اسم جنس من كل وجه فان قيل اذا حلف لايتزوج النساء ولا يشتري العبيد لا ينصرف
الى العشرة بل الى الواحد قلنا الفرق بين جميع الازمان وجميع الاعيان من وجهين احدهما

والعرف لم يعرف استمراره لا اختلاف في الاستعمال ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلاثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكر فيتناول اقل الجمع وهو الثلث ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقال على ايام الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عند عده وعندهما على اثني عشر شهرا لان الالم للمعهود وهو ما ذكرنا لانه يدور عليها وله انه جمع معرف

في المنكر هو الصحيح فيدبه لما روي بشر عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه ان المعرف والمنكر عنده سواء •

قوله والعرف لم يعرف استمراره جواب عن قولهما ان دهر يستعمل استعمال الحين والزمان لا اختلاف في الاستعمال قال الله تعالى وما يهلكنا الا الدهر وقال عليه السلام لا تسبوا الدهر فان الله هو الدهر فكان مجملوا والتوقف في المجمل آية العلم والخوض بطريق القياس فيما طريقه التوقيف وهو اللغة والتقدير امانة القصور وتأويل الحديث ان العرب كانوا يزعمون ان الدهر هو المهلك على ما قال الله تعالى وما يهلكنا الا الدهر وكانوا يسبون الدهر فالنبي عليه السلام قال لا تسبوا مهلك الخلق ومقنيهم فان الله تعالى هو المهلك الا انه مع هذا احتشم وحفظ لسانه عن الكلام في الدهر وهذا من كمال الورع ونهاية الاحتياط وهو كما روي ان النبي عليه السلام سئل عن خير البقاع فقال لا ادري حتى اسأل جبرئيل فسأل جبرئيل عليه السلام فقال لا ادري حتى اسأل ربي فصعد السماء ثم نزل وقال سألت ربي من ذلك فقال خير البقاع المساجد وخير اهلها من ان يكون اول الناس دخولا وآخرهم خروجا ففرقنا ان التوقف في مثل هذا يكون من الكمال لا من النقصان •

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لا امرأته اذا ولدت ولدا فان طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فان حرة لان المولود مولاود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخرا حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقال لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بيناه فتحل اليمين لا الى جزء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزء والابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان مطلق اسم الولد

باب اليمين في العتق والطلاق

قوله عتق الحي وحده عند ابي حنيفة رحمه الله انما قال وحده لانه لا يعتق ما ولد بعده **قوله** وقال لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت فتحل اليمين وذلك لان الشرط في اليمين ولادة مطلق الولد وقد وجدت وانحلال اليمين لا يتوقف على نزول الجزء اي تحلل اليمين وان لم ينزل الجزء الا ترى انه لو قال لامرأته ان دخلت لدا فان طالق قد خلت الادار بعد ما اباها وانقضت عدتها تحلل اليمين لا الى جزء لان الطلاق معلق بمطلق الدخول وقد وجد وصار هذا كما اذا كان المعلق به عتق عبداً خروا لابي حنيفة رحمه الله ان شرط انحلال اليمين ولادة ولد حي نظرا الى وصفه اياه بالحرية وبه فارق ما ذكر من النظائر لان الجزء هناك ليس وصفا للشرط وفي الايضاح لو قال اول عبد يدخل علي فهو حرا دخل عليه عبد ميت

لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام والاسبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية يتصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع والله تعالى اعلم بالصواب *

انه تعذر الصرف الى كل الجنس في جميع الاعيان فنصرف الى الادنى لامحالة بيانه ان معنى الجمع لو كان مرعيا في جميع الاعيان فالحث في الوجود مفتقرا الى ذلك الفعل في كل فرد من افراد الزمان بدليل ان من حلف لا يكلم فلانا عشرة ايام يحث بكلامه في يوم منها ولو حلف لا يشتري عشرة ائواب لم يحث بشراء ثوب واحد لثاني ان في سائر جمع الاعيان لوبقي معنى الجمعية وصرف ذلك اللفظ الى عدد من الاعداد يبقى جمعا منكرا فيبطل حرف التعريف حينئذ بخلاف جمع الزمان لانه يتعين ما يلي وقت الحلف من الزمان فلا يكون منكرا فامكن العمل بحقيقة التعريف مع بقاء معنى الجمعية من كل وجه فانعدمت الضرورة الداعية الى سقوط اعتبار الجمعية ثم عندهما في الجمع والسنين ينصرف الى العمر كله وفي قوله لا يتزوج النساء لم ينصرف الى جميع نساء العالم لان المقصود من اليمين المنع من الزوج وذلك ليس في وسعه فلا يمنع نفسه عنه وهذا لو حمل على منع نفسه عن التكلم مدة عمره يحث بكلام واحد فتعبد اليمين فائدة فافترقا *

قوله لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وهذا لانه لما ذكرنا الكثرة تبين انه لم يرد به اقل الجمع وليس بعض الاعداد فوق الثلث باولي من البعض فنصرف الى المعهود للفظ الايام وقيل لو كانت اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة اي اجما لانه يذكر فيها بلفظ الفرد يعني في الفارسية لاتفاوت بين مانوق العشرة وما تحتها فانه يقال روز وروز وروز فلم ينصرف لفظا لجمع الى العشرة ولا كذلك العربية فالاحاصل ان ابا حنيفة رحمه الله تعالى إنما صرف الايام الى العشرة باعتبار ان العشرة اقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع وقد عد من هذا في الفارسية والله تعالى اعلم بالصواب *

لان وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف وان قال آخر عبد اشترى فهو حر
فاشترى عبدا ومات لم يعتق لان الآخر فرد لا حق ولا سابق له فلا يكون لاحقا
ولو اشترى عبدا ثم مات عبدا ثم مات عتق الآخر لانه فرد لا حق فاتصف بالآخرية ويعتق يوم
اشتراه عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه حتى

واحد وان كان معه امرأة لانه يقتضى الانفراد في ذاته وهو الرجولية لاني الفعل
المقرون به وهو الكينونة في الدار ولا يصح ان يقال وحده لانه يقتضي وصف التفرد
للرجل في الفعل المقرون به وهو الكينونة في الدار لا الانفراد في ذاته وهي
الرجولية واذا ثبت هذا فقولنا ملكه وحده يقتضى التفرد في الملك والعبد الثالث
متصف بهذه الصفة فيعتق فصا ركا لو قال اول عبدا سودا ملكه فهو حر فملك ابضين ثم
اسود عتق الاسود لتعلق العتق بعبدا متصف بصفة التفرد في السواد والثالث متصف بهذه
الصفة وقوله املكه وحده صفة للعبدا فيقتضى التفرد في الذات ويؤكد احد موجبي
الاولية فلم يتغير الحكم فيه وجري وجوده مجرى عدمه فيما يرجع الى افادة
معنى التفرد والتوحد فكان العتق منعلقا بعبدا متصف بصفة التفرد في الذات
والثالث ليس بهذه الصفة.

قوله لان وحده للحال لغة فان قيل قال في الكتاب اول عبدا ملكه واحد فوجب
ان لا يحتمل غير الحال وصارت نظير وحده قلنا لعل زيادة الالف وقع خطأ من بعض
الكتاب لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب فلم يعتبر نصبه وجعل نعتا ولو قال
اول عبدا ملكه فهو حر فملك عبدا ونصف عبدا عتق العبد الكامل لان نصف العبد ليس
بعبدا فلم يشاركه في اسمه فلا يقطع عنه وصف الاولية كما لو ملك معه ثوبا ونحوه فلو قال
اول كرا ملكه فهو هدي فملك كرا ونصف كرا يلزمه شيء لان النصف

تقيد بوصف الحيوة لانه فداثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط
الغير ولا يثبت في الميت فيتقيد بوصف الحيوة كما اذا قل اذا ولدت ولدا حيا بخلاف
جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا واذا قل اول عبدا شتره فهو حر فاشترى
عبدا عتق لان الاول اسم لسابق فرد فان اشترى عبيدين معا ثم آخر له يعتق واحده منهم
لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدم موت الاولية وان كان قال اول عبد
اشترى وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء

ثم حي عتق الحي ولم يذكر حلافا والصحيح انه بالاتفاق لان اسم العبد بعد الموت
لا يبقى في التحقيق لان الرق يبطل بالموت .
قوله تقيد بوصف الحيوة نصيبا لكلام القائل اذ لو لم يقيد بالحيوة صار لغوا فصار
كما لو قال ان ضربت فلانا يتقيد بضربه حيا تصحيا للشرط اذ معنى الضرب وهو
الايلام بعد الموت لا يتحقق بخلاف ما اذا كان الجزاء طلاقا او حرية ام الولد لانه
لا يصلح مقيدا لانه مستغن عن حيوة الولد فبقي مطلقا فان قبل لو قال ان اشترى عبدا
فهو حر فاشترى عبد الغيرة ثم اشترى عبد نفسه لا يعتق الثاني لان حلال اليمين
بالاول ولم يتقيد ضرورة وصفه اياه بالحرية قلنا الذي اشتراه لغيره محل للاعتاق
فانحلت اليمين اما الولد الميت فليس بمحل للاعتاق لانه بصفة الحيوة تصير محلا للحرية
قوله واذا قل اول عبد اشترى وحده فهو حر فاشترى عبيدين ثم عبدا عتق الثالث ولو قال
اول عبدا شتره وحده لا يعتق الثالث والفرق ان وحده يقتضي الانفراد في الفعل المقرون به
ونفي مشاركة الغير في ذلك الفعل ولا يقتضي الانفراد في الذات والواحد يقتضي
الانفراد في الذات ويؤكد عدم وجوب الاول الاثرى انه يصح ان يقال في الدار رجل

و يشترط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل ولو قال ان اشريت فلانا فهو حرفا شتره ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين

ودخل بها ثم مات تطلق من حين الزوج ولها مهر ونصف وعدتها بالحيض بلا حداد ولا ترث منه وعندهما يطلق في آخر حيوته ولها مهر واحد وعليها عدة الوفاة وترث منه وان كان الطلاق رجعيا فعليها عدة الوفاة •

قوله ويشترط كونه سارا بالعرف وانما قيد بالعرف لان البشارة لغة اسم لخبر يغير بشرة الوجه من فرح او حزن قال الله تعالى فبشرهم بعذاب اليم فبشرناها باسحق وفي العرف اسم لخبر سار صادق غاب عن المخبر علمه وهذا انما يتحقق من الاول لان الثاني اخبره بما كان معلوما له فلا يتغير بشرة وجهه عند سماعه بخلاف الخبر فان حقيقة الاخبار موجودة من كل واحد لان الخبر خبر وان كان عند المخبر علمه واصله ماروي ان النبي عليه السلام مر بابن مسعود رضي الله عنه وهو يقرأ القرآن فقال من احب ان يقرأ القرآن غضا طربا كما انزل الله تعالى فليقرأ بقراءة ابن ام عبد فابتدرا اليه ابوبكر وعمر رضي الله عنهما للبشارة فسبق ابوبكر وعمر رضي الله عنهما بها كان ابن مسعود رضي الله عنه يقول متى ذكر ذلك بشرنني ابوبكر واخبرني عمرو ان بشروهم معا عتقوا لانها تحققت من الكل حيث غيروا بشرة وجهه الا ترى الى قوله تعالى فبشروه بغلام عليم حيث اضاف البشارة الى الجماعة فدل على تحقق البشارة من الجماعة **قوله** لان الشرط قران النية اي شرط الخروج عن مهدة التكفير قران نية التكفير بعلة العتق وهي اليمين ولم توجد نية التكفير وقت يمينه لان الكلام فيه فاما الملك عند الشراء فشرط العتق ولا اثر له في استحقاق ذلك العتق فيكون معنفا بيمينه ولم تقترن نية

(كتاب الايمان ... باب اليمين في العنق والطلاق)

يعتبر من جميع المال و فلا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان الآخريّة لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولا يبي حنيقة رحمه الله ان الموت معرف فاما اتصافه بالآخريّة من وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به وفائدته تظهر في حرمان الارث و عدمه ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة متفرقين هتق الاول لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه

يزاحم الكل في المكيلات والموزونات لانه بالضم يصير شيئا واحدا بخلاف العبيد والثياب .

قوله يعتبر من جميع المال اي اذا كان الشراء وقت الصحة **قوله** فكان الشرط متحققا عند الموت وهذا لان الآخريّة انما تثبت بعدم شراء آخر بعده وصار كانه قال ان لم اشتر عبدا آخر فالثاني حر ولو قال كذلك يعتق عند الموت فكذا هنا ولا يبي حنيقة رحمه الله ان الثاني آخر لكونه فرد الا حقا لا يشاركه غيره من جنسه وانما تبطل عنه صفة الآخريّة بشراء آخر بعده فاذا لم يشتر كان آخر من وقت الشراء كما لو قال لامرأته اذا حضت فانت طالق فرأت الدم فان استمر ثلثة ايام يحكم بوفوع الطلاق من حين حاضت وقولهما ان العنق يتعلق بعدم شراء آخر بعده فلنا كذلك لكن لم يجعل هذا شرطا لا صريحا ولا دلالة فلم يجعل شرطا بل علامة على ثبوت الحكم كاستمرار الدم في الحيض فاذا وجدت العلامة ثبت الحكم سابقا على وجود العلامة على ما هو الحكم في العلامة لانه لا يوجد الحكم عنده فكانت العلامة شرطا علمنا بوجود الحكم وشرطه سابقا فكان الموت معرفا لوجود شرط الآخريّة من زمان الشراء فيستند الحكم كما في مخفلة الحيض **قوله** وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به فانه اذا قال آخر امرأة تزوجها فهي طالق ثلثا فتزوج امرأة ثم امرأة

وكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدني حريصير التزوج
مذكور اولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فتة درة ولا يظهر في
حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسألة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى

حتى تجب الزكاة باعتبار الملك صلة للفقراء كما المقرابة تأثير في استحقاق
الصلة فكان كل واحد من الوصفين لكونه مؤثرا علة ومتى نعلق الحكم بعلة
ذات وصفين يحال على آخر الوصفين وجودا لان تمام العلة به وآخر الوصفين الملك
فيكون به معتق ثم الملك ثبت بالشراء والعتق بالملك فيضاف العتق الى الشراء
بواسطة الملك وهذا كمن رمى انسانا عمدا فاصابه فقتله قتل به كانه جزر قنبته بالسيف
وان كان نعله رميا لان الرمي اوجب بعود السهم ومضيه في الهواء وذاسبب الوقوع
في المرمي وذاسبب الجرح وذاسبب الموت فيضاف كله الى الرمي الذي
هو العلة الاولى وصارت احكاما له وصار الرامي قابلا فكذا الشراء بواسطة الملك
لما ثبت به صار اهناقا فيصير معتقابه وتأييد ذلك بقوله عليه السلام ان يجزي ولد والدة
حتى يجده مملوكا فيشتره فيعتقه اي بالشراء لانه لا يحتاج الى اعتاق آخر بعد الشراء
وهذا كما يقال سقاء فارواه وضربه فاجعه اي بالسقي والضرب ولهذا اذا اشترى
نصف ابنه والنصف الآخر لغير البائع ضمن لانه اعتقه بالشراء فاضيف الى الملك
ولو كان عبد بينهما فادعى احدهما انه ابنه ضمن لان القرابة آخرهما وجودا بخلاف
ام الولدان حقها مستحق بالاستيلاء السابق فاضيف العتق الى اليمين من وجه لامن
كل وجه فصار كانه اعتق ام الولد .

قوله فكان ذكره ذكر الملك فان قيل هذا قول بالاقتضاء وزفر رحمه الله تعالى لا يقول بالاقتضاء
حتى ان من قال لا خراعتني عبدك عني بالف فاعتقه كان العتق واقعا من المأمور

(كتاب الايمان باب اليمين في العتق والطلاق)

فاما الشراء فشرطه وان اشترى اياه ينوي عن كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا
 لفرز الشافعي رحمهما الله تعالى لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة
 وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبيئتهما منافاة ولنا ان شراء القريب اعتاق
 لقوله عليه السلام لمن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء
 اعتاقا لانه لم يشترط غيره فصا نظير قوله سقاء فاروا ولو اشترى ام ولده لم يجزه ومعنى هذه
 المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنيكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني
 ثم اشترها فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد
 فلا تنضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنتك ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة
 يميني حيث يجزيه عنها اذا اشترها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم تختل
 الاضافة الى اليمين وقد فارقته النية ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسري
 جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعدت في حقها المصادقتها الملك وهذا لان
 الجارية منكورة في هذا الشرط ميتناول كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسراها
 لم تعتق بهذه اليمين خلافا لفرز رحمه الله تعالى فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك

الكفارة بها حتى لو اقترنت جاز كذا في المبسوط

قوله فاما الشراء فشرطه ولا يقال بان قوله فهو حر انما يصير ملة عند الشراء اذ المعلق
 بالشرط بصير ملة عند وجود الشرط فتحقق قران النية بملة العتق لان الاهلية تشترط
 وقت اليمين لا عند وجود الشرط حتى لو جن بعد اليمين ووجد الشرط يترتب
 الحكم عليه وان لم يكن من اهله فكذا النية تشترط وقت اليمين **قوله** فاما العلة
 فهي القرابة لان العتق في القريب بطريق الصلة والقرابة وهي العلة للصلات
 كما في النفقة والنزاور فلنا العتق صلة وللملك تاثير في استحقاق الصلة شرعا

ولو قال كل مملوك لي حر تعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اذا ملك ثابت فيهم رقبة ويد اولاً يعتق مكاتبوه الا ان بنويهم لان الملك غير ثابت بداول هذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطى المكاتبه بخلاف ام الولد والمديرة فاحتلت الاضافة فلا بد من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين لان كلمة اولات ثابت احد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احدهما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيدة هذا حراً وهذا وهذا عتق الاخيرة وله الخيار في الاوليين طابين

تسريت امة فعبدني هذا حراً فاشترى امة فتمرها واعتق عبده قوله يفهم الملك من التسري بل انأمل قلنا ذا لا يدل على انه ليس بثابت اقتضاء والطعام او الشراب يفهم من قوله ان اكلت او شربت بل انأمل وهو ثابت اقتضاء

قوله ولو قال كل مملوك لي حر يعتق امهات اولاده ومدبروه ولو قال اردت الرجال بهذا اللفظ دون النساء دين فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء لانه نوى التخصيص في اللفظ العام وهذا بخلاف ما لو قال نويت السود دون البيض فانه لا يصدق في القضاء والديانة جميعاً لانه نوى التخصيص بوصف ليس في لفظه لان المملوك حقيقة الذكور دون الاناث فان الانثى يقال لها مملوكة ولكن عند الاختلاط يستعمل عليهن لفظ التذكير عادة فان نوى الذكور فقد نوى حقيقة كلامه ولكن خلاف المستعمل فيدين فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء ولهذا قيل لو قال نويت النساء دون الرجال كانت نيته لغوا وكذلك لو قال لم انو المديرين لم يصدق في القضاء وفي كتاب الايمان اذا قال لم انو المديرين لم يدين فيما بينه وبين الله ولا في القضاء ففيه روايتان كذا في المبسوط

قوله ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين ولو قال

(كتاب الايمان ... باب اليمين في العتق والطلاق)

لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها طلقها واحدة لا تطلق ثلثا فهذه وزان مسئلتنا

فلما اثبات الملك ما بدلالة اللفظ لا بالاعتضاء والثابت دلالة ما يكون مفهوما من اللفظ بالاتأمل واجتهاد كما كان النهي عن الضرب والشتم وسائر الافعال المؤذية مفهوما من النهي عن التانيف ثم اذا قيل فيما نحن فيه عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تأمل واجتهاد فكان الملك ثابتا دلالة ولنا ان اليمين بالعتق انما تصح في الملك او ضيفا اليه والى سببه ولم يوجد واحد منهما اما الملك فظاهر واما الاضافة الى الملك فانه لم يقل ان ملكت امة واما الاضافة الى سبب الملك فلانه اضافها الى التسري وهو ليس بسبب ملك الامة فلم تصح اضافة الاعتاق اليه وهذا لان التسري عبارة عن النخصين والاسكان وهو ان يموتها ويمنعها من الخروج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان السرية من السر وهو الوقاع او من السرور وهي سرور لما لكها او من السري وهو السيد لانه اذا اتخذها سرية فقد جعلها سيده الاماء وعند ابي يوسف رحمه الله طلب الولد شرط مع ذلك لان السرية في العادة هي التي تطلب ولدها وواحد من هذه الاشياء ليس بسبب ملك الامة لانه لا يستغني عن الملك فيصير الملك مذكورا اقتضاء ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يتعدى عنه الى صحة الجزء وهو العتق لان الثابت ضرورة يتقدر بقدرها لا يعد وموضعها فلا يثبت الملك فيما وراء صحة التسري فبقي الجزء في الملك وفي مسئلة الطلاق ظهر في حق الشرط ولم يتعد الى الجزء ايضا وانما يصح العتق وهو الجزء ثم لانه صادف الملك اذ ملكه في العبد قائما في الحال فكان ذكر الطلاق ذكرا للنكاح الذي لا يستغني عنه الطلاق لاذكر الاماء لا يستغني عنه الجزء حتى لو قال لاجنبية ان طلقتك واحدة فانت طالق ثلثا فتزوجها ووطعها وطلقها واحدة لم يقع الثلث لان الملك صار مذكورا ضرورة فلم يتعد عنه الى صحة الجزء فهذه وزان مسئلتنا وزان ما استشهد به زفر رحمه الله انه يقول ان

(كتاب الايمان باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك) (٥٣٧)

الا ان ينوي ذلك لا يني فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه
لانه يمنع نفسه عما يعناده ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حث
لان الوكيل في هذا سفير ومعبور ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الامر وحقوق العقد
يرجع الى الامر لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة و سفير
الى المعنى في الفرق ان شاء الله تعالى ولو حلف لا يضرب عبدا ولا يذبح
شاته فامر غيره ففعل يحث في يمينه

قوله الا ان ينوي ذلك اي ان ينوي في يمينه لا يبيع ولا يشتري او لا يثا جران لا يأمر
غيره ايضا فحينئذ يحث بالامر والاستثناء متصل بقوله فوكل من فعل ذلك لم يحث
قوله او يكون الحالف ذا سلطان عطف على ان ينوي لا يتولى العقد بنفسه فامر غيره يحث و
اي اذا با شره المأ مور ولو فعل ذلك بنفسه يحث ايضا لوجود البيع منه حقيقة فان كان
يبا شر تارة ويعوض اخرى يعتبر الغالب والاصل ان كل فعل ترجع حقوقه الى المباشر
لا يحث الحالف بمباشرة المأ مور لوجوده منه حقيقة وحكما والا يحث ويصبر العاقد
سفير او الأمر فاعلا فما يحث بالمباشرة لا بالامر البيع والشراء والاعارة والاستيجار والصلح من
مال والقسمة والخصومة وضرب الولد وما يحث بالمباشرة والامر بالنكاح والطلاق
والخلع والعنق والكتابة والصلح من دم عمدا والهبة والصدقة والقرض والاستقراض
وضرب العبد والذبح والبناء والخباطة والايداع والاستيداع والاعارة والاستعارة وقضاء
الدين وقبضه والكسوة والحمل حتى لو حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل
بذلك ففعل حث وعند الشافعي رحمه الله لا يحث لوجود التطبيق من المأ مور حقيقة
ومن الأمر حكما فوجد شرط الحث من الحالف من وجه دون وجه فلا يحث كما
في البيع ونحوه ولنا ان عوض الحالف التوفي عن حكم العقد وحقوقه وشي من

(كتاب الإيمان ... باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك)

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع أولا يشتري أولا يواجر فوكل من فعل ذلك لم يحسن لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحسن في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الأمر وإنما الثابت له حكم العقد

والله لا اكلم ملانا وفلانا وفلانا حنت بكلام الاول والاخيرين كقوله لا اكلم هذا واهذين والفرق ان اذا دخلت بين شيعتين تناولت احدهما وذا في الطلاق في موضع الاثبات فيخص فكانت المطلقة احدى الاوليين غير عين لان ادخلت عليهما فلما قال للثالثة وهذه صارت معطوطة على المطلقة لان الواو توجب الشركة فصارت طفا على التي هي محل الجزاء من الاوليين وهي احدهما غير عين اذ سباق الكلام للايجاب وانما يعطف الشيء على ما سبق له الكلام فصاركانه قال احدكما طالق وهذه ولو قال هكذا كان الجواب ما قلنا كذا هنا وفي مسألة الكلام في موضع النفي فيعم عموم الافراد فصارك كل فرد منفيا على حدة كقوله تعالى ولا تطع منهم اثما ا وكفورا اي آثما ولا كفورا فصاركانه قال والله لا اكلم ملانا ولا فلانا وفلانا ولو قال هكذا كان الثالث مضموما الى الثاني فيصير كانه قال ولاهذين كذا هنا ولانه حينئذ صاركانه قال هذه طالق او هاتان طالق وانه لا يصح فجعل كانه قال هذه طالق او هذه طالق وهذه طالق ليصح ولو قال هكذا يطلق الثالثة وخير في الاوليين كذا هنا وثم صاركانه قال لا اكلم هذا ولا اكلم هذين وانه صحيح والله تعالى اعلم بالصواب •

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

اي من الطلاق والعناق والضرب

قوله ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحسن في يمينه اي اذا كان العاقد الوكيل هو الحالف

بان لا يبيع أولا يشتري أولا يواجر •

لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله با مره
اذا البيع تجري فيه النباة ولم توجد بخلاف ما اذا قال ان بعث ثوباك حيث
يحتمل اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان با مره او بغيرا مره علم بذلك اولم يعلم
لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضي الاختصاص به وذلك بان
يكون مملوكا له ونظيره الصباغة والخياطة وكل ما تجري فيه النباة بخلاف
الاكل او الشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النباة فلا يفرق الحكم فيه

كلامه فيصدق ديانته وقضاء بخلاف الطلاق والعناق لانه ليس الا كلام يعضي الى
الطلاق والعناق والتوكيل بذلك مثل التلفظ به فينتضمها اللفظ وهو قوله لا يطلق فاذا
نوى التلفظ بنفسه فقد نوى الخصوص في العام وهو خلاف الظاهر فيصدق ديانته لقضاء
وهذا هو الفرق الذي وعده قبيل هذا بالاشارة الى الفرق وقيل ذكر القضاء في مسئلة
الضرب رواية في الطلاق لانه في الموضوعين اذا نوى المباشرة فقد نوى حقيقة
كلامه فيصدق قضاء في الفصلين *

قوله لان حرف اللام دخل على البيع حيث قال ان بعث اك ثوبا فيقتضي
اختصاصه به اي اختصاص البيع بالمحلوف عليه وفي قوله ان بعث ثوبا اك
دخل حرف اللام على العين لانه اقرب اليه فيقتضي اختصاص العين بالمحلوف
عليه فان نوى الثاني بالاول او الاول بالثاني صححت نيته لانه نوى ما يحتمله لفظه
بالتدريج والتأخير **قوله** بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام وفي الكافي للعلامة النسفي
رحمه الله قيل المراد بالغلام الولد لا العبد لان ضرب العبد يحتمل النباة والوكالة
فكان نظير الاجارة لانظير الاكل والغلام يطلق على الولد كما يطلق على العبد

(كتاب الايمان سباب اليمين في البيع والشراء والتزويج وغير ذلك)

لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الامر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المأ مور ولو قال عنيت ان لا اتولي ذلك بنفسى دين فى القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغير ذلك ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلم بكلام يفضى الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص فى العام فيدين ديانة لا قضاء اما الذبح والضرب فعل حسي يعرف باثرة والنسبة الى الامر بالنسب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسا فضر به لم يحنت فى يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التأديب والتثقف فلم ينتسب فعله الى الامر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعته الا يتمار بامره فيضاف الفعل اليه ومن قال لغيره ان بعث لك هذا الثوب فامرأته طالق قدس المحلوف عليه ثوبه فى ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنت

احكام هذه العقود الشرعية لا يستقر على المأمور بل ينقل العقد بجميع الاحكام الى الأمر وصار المأمور سفيرا ولهذا يضيفه الى الامر لا الى نفسه *

قوله لان المالك له ولاية ضرب عبده بخلاف ما اذا حلف على ان لا يضرب حرا فامر غيره فضربه لا يحنت لان امر المولى غيره صحيح لانه يملك ضرب عبده بنفسه فيملك امر غيره به فضربه ولهذا سقط الضمان عن المأمور وامره بضرب الحر لم يصح لانه لا يملك ضربه بنفسه الا ان يكون الحالف سلطانا او قاضيا لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا وتعزيرا فملكا الامر به **قوله** اما الذبح والضرب فعل حسي يعرف باثرة وهو لا يلام فحقيقته عند اسناده الى نفسه ان يفعله بنفسه والنسبة الى الامر بالنسب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى حقيقة

(٥٩) (كتاب الايمان سباب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك)

وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق اود برطقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع بفوات محلبة البيع واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأه لي طالق ثلاثا طلقت هذه النبي حلفته في القضاء وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انها لا تطلق

قوله وهذا على اصلهما ظاهر لان خيار المشتري لا يمنع ثبوت الملك للمشتري عند **قوله** والمعلق كالمنجز فان قيل في المنجز لو لم يثبت الملك سابقا عليه يبطل التنجيز فاقضى ثبوت الملك ولا يبطل التعليق فلا يقتضي ثبوت الملك فكيف يثبت الملك اقتضاء قلنا لما امكن ايقاع العتق من وجه يفسخ الخيار لم يتأخر الى مضي مدة الخيار لان العتق مما يحتاط في اثباته ومن الاحتياط تعجيله لا تأخيرها وقد تنجز من وجه وانما لم يعتق عليه قريبه اذا اشتراه بشرط الخيار لان الملك وخيار المشتري في شري القريب لم توجد كلمة الاعناق بعد الشراء وانما يعتق القريب عليه بحكم الملك وخيار المشتري عند ابي حنيفة رح يمنع ثبوت الملك للمشتري فلا يعتق قبل سقوط الخيار واما ههنا فلا يجب المعلق صار منجزا عند الشرط وصار قائلا انت حر فيفسخ الخيار ضرورة لوجود ما يختص بالملك ولو قال ان بعث هذا العبد فهو حر فباعه بعبا با لا يعتق لانه كما تم البيع زال العبد عن ملكه والجزاء لا يترك في غير الملك **قوله** لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع بفوات محلبة البيع فان قيل المحلبة في التدبير باقية فانه يتمكن بيع المدبر اذا قضى القاضي بجواز بيعه قلنا عند القضاء بجواز بيعه يفسخ التدبير ويكون البيع حينئذ بيع القن لا بيع المدبر وفوات المحلبة انما كان باعتبار بقاء التدبير

(كتاب الايمان ... باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك)

في الوجهين ومن قال هذا العبد حران بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء وكذا لك ان قل المشتري ان اشتريته فهو حراً فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه

قال الله تعالى انان بشرک بغلام اسمه يحيى وقيل المراد به العبد لان المراد بحريان الوكالة وكالة تتعلق بها حقوق يرجع الوكيل بها على الموكل وليس للضرب حقوق تلحق الوكيل ليرجع بها على الموكل ولا يملك الضرب بعقد ما فكاك كالاكل وفي الجامع الصغير لقاضيخان رحمه الله لو قال ان ضربت لك عبدا او ضربت عبدا لك فهو على ضرب عبد مملوك للمحلوف عليه مكان العرف ولان الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم ومحل الضرب يملك فانصرف اللام الى ما يملك ويؤخر المقدم وفي الفوائد الظهيرية المراد بالغلام الولد

قوله في الوجهين اي دخل اللام في الفعل او العين **قوله** ومن قال هذا العبد حران بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط فان قيل هذا البيع لم يفد حكمه ومع ذلك اعتبر لنزول الجزاء والنكاح الفاسد نكاح لم يفد حكمه ولم يصحت به اذا علق به العتق قلنا جواز البيع باعتبار المالة وليس في المالة معنى ينبوع قبول حكم الايجاب والقبول وجواز النكاح باعتبار الانسانية لا ترى انه يختص بني آدم وفيها ما ينبوع قبول حكم الايجاب والقبول لانها تقتضي الحرية والنكاح رق على ما جاء في الحديث فلا يصح الا اذا كان صحيحا كذا في الفوائد الظهيرية

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهرق دما وفي القياس لا يلزمه شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا ما ثور عن علي رضي الله عنه ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ما شيا وان شاء ركب واهراق دما وقد ذكرناه في المناسك ولو قال علي الخروج والذهاب الى بيت الله تعالى فلا شيء عليه لان التزام الحج او العمرة بهذا اللفظ غير متعارف ولو قال علي المشي الى الحرم او الى الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في قوله علي المشي الى الحرم حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما ان الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف فلا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

قوله ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا هذه العبارة صارت كناية عن ايجاب الاحرام شرعا فان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشي الى بيت الله تعالى فامرها النبي عليه السلام ان تحرم بحجة او عمرة وعرفا فقد تعارف الناس ايجاب الاحرام بهذه العبارة نصابا لوقال علي احرام حجة او عمرة ماشيا ولو قال ذلك لزمه احرام حجة او عمرة كذا هنا ولا فرق بين ان يكون الناذر في الكعبة او خارجا منها لان هذا اللفظ صار كناية عن التزام الاحرام عرفا اذ الاحرام

(كتاب الايمان ... باب اليمين في البيع والشراء والنزوح وغير ذلك)

لانه اخرجها جوابا فينطبق عليه ولا ن غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به
 ووجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا
 وقد يكون غرضه ايجاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع
 التردد لا يصلح مقيدا وان نوى غيرها يصدق ديانته لافضاء لانه تخصيص العام
 والله تعالى اعلم بالصواب *

وقد قلنا ان بيع المدبر لا يجوز فكان المحل فانيا والحكم لا ينسى على ما يظهر عند
 قضاء القاضي في المجتهدين فان قيل لم يقع الياس في التجارية عن بيعها بالنحرير
 والتدبير لجواز ان يرتد نسبي بعد اللحاق فيملكها هذا الرجل وبييعها فلما خالف
 عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وباعتباره تحقق الياس بالنحرير والتدبير
 وما ذكرته موهوم والاحكام لا ينسى على الموهومات فتحقق الياس عن
 البيع نظرا الى الاصل *

قوله لانه اخرجها جوابا فينطبق عليه فان قيل زاد على قدر الجواب قلنا الزيادة
 على القدر المحتاج اليه للجواب انما يخرج الكلام عن الجواب اذا لغت
 الزيادة متى جعل جوابا ولا يرفع الزيادة هنا ان جعل جوابا لانه قصد تطيب قلبها
 وتسكين نفسها واذن تطبيق غيرها لجواز ان يقع في قلبها انه اراد بما قال غير التي ظنت
قوله وقد زاد على حرف الجواب او جوابه ان يقول ان فعلت فهي طالق ثلاثا
قوله ومع التردد لا يصلح مقيدا اي الغرض لا يصلح مقيد مع التردد فيه وذكر
 شمس الائمة رحمه الله تعالى في الجامع الصغير ان مذكرا ابو يوسف رحمه الله تعالى
 عليه اصح عندي والله تعالى اعلم بالصواب *

(كتاب الايمان باب اليمين في الحج والصلوة والصوم) (٥٥)

غاية الا مران هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي
تيسيرا ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حدث
لوجود الشرط اذا الصوم هو الا مساك عن المفطرات على قصد التقرب

قوله غاية الا مران هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به بخلاف شهادة تهما انه لم يحج
لانا لاندرى هل شهدا عن علم ام بينا على ظاهرا لعدم فلهذا لم يقبل ولهذا لو شهدا على
رجل انا سمعناه يقول المسيح بن الله ولم يقل قول النصارى وهو يقول انما وصلت
به قول النصارى قبلت هذه الشهادة على النفي لاحاطة علم الشاهد به كذا هنا
قوله ولكنه لا يميز بين نفي ونفي اي نفي يحيط به علم الشاهد وبين نفي
لا يحيط به علم الشاهد تمييزا كما في مسألة الاستبراء والسفر والعقل مع البلوغ
وغيرها فاما في قول الشاهد ولم يقل قول النصارى انما قبلت الشهادة لان ذاعبارة
عن السكوت وهو امر ثابت معائن فان قيل الشهادة على النفي انما لم تقبل اذا لم تكن
مقرونة بالاثبات اما اذا قرنت بالاثبات فتقبل كشهود الارث اذا قالوا ان هذا وارث
فلان لم نعلم له وارثا غيره حتى يدفع المال الى المشهود له بلا تلوم والمشهود به هنا امر
ثبوتي والنفي يثبت ضمنا فالولى ان تقبل قلنا النسخة وان كانت امرا وجوديا لكنها مما
لا يدخل تحت القضاء فلم يكن معتبرا فبقي النفي مقصودا فاما الارث فمما يدخل تحت
القضاء فيكون معتبرا وثبت النفي في ضمن ذلك فان قيل ذكر شمس الائمة السرخسي رح
في المبسوط في كتاب الدعوى ان الشهادة على النفي يسمع في الشروط ولهذا لو قال لعبده
ان لم يدخل الدار اليوم فانت حرق فهذا انه لم يدخل الدار اليوم تقبل ويقضى بعقده
وما نحن بصدد من قبيل الشروط قلنا هو عبارة عن امر ثابت معائن وهو كونه خارج الدار
قوله لوجود الشرط اذا الصوم هو الا مساك عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد
وما زاد عليه تكرار ولهذا يقال صام فلان ساعة ثم افطروا تكرار المحلوف

(كتاب الايمان بسباب اليمين في الحج والصلوة والصوم)

فامتنع اصلا ومن قال عهدي حران لم احج العام فقال حجبت وشهد شاهدان على انه صلى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهد وانه لم يحج

باحد النسكين لا يكون بلا مشي فكان من لوازم الاحرام وذكر اللزوم وارادة الملزوم كناية والعرف لا يختلف بين كونه في الكعبة او خارجا منها وفي القياس لا يلزم مدشي لان النذر انما يصح بما شرع قربة لعينه والمشي ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل اي في اصل الحج او العمرة وانما يقصد به الكمال وانما هو وسيلة لما هو قربة كالوضوء فان قيل يشكل هذا بالاعتكاف فقد صح النذره وان لم يكن واجبا من جنسه فصدا قلنا الاعتكاف لا يصح الا بالصوم والصوم من جنس القربة المقصودة فان قيل الاعتكاف يصح في الليل وان كان الصوم لا يصح فيه قلنا صحة الاعتكاف في الليل تتبع لصحة الاعتكاف في اليوم ولهذا النذر الاعتكاف في الليل منفردا عن اليوم لا يصح او نقول صحة الاعتكاف باعتبار انه انتظار للصلوة والاستدامة فيها والاستدامة في الصلوة تصح في الليل والنهار فان قيل فاذا كان هذا اللفظ استعارة للالتزام الحج كان اللفظ غير منظور اليه كما اذا نذر بان يضرب بثوبه حطيم الكعبة فحينئذ ينبغي ان لا يلزم عليه لمشي في طريق الحج كما لا يلزم هناك ضرب الثوب على حطيم الكعبة بل اهداء الثوب الى مكة لكون هذا اللفظ عبارة عنه قلنا نعم كذلك الا ان للحج ما شيا فضيلة ليست هي للحج راكبا فالهم من حج ما شيا فله لكل خطوة حسنة من حسنات الحرم وقيل ما حسنات الحرم قال واحدة منها بسبع مائة فاعتبر لفظه في ايجاب المشي لا حراز تلك الفضيلة ومعناه في ايجاب الحج او العمرة لاجماعتهم على ذلك للتعرف فصار كناية عن ايجاب الحج ما شيا

قوله فامتنع اصلا اي لا ايجاب من الاصل حيث لم يجب عليه الاحرام باحد النسكين

(كتاب الايمان ... باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك) (٥٥٧)

لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكة وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب ملكة ولهذا يحنت اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصرمذكورا ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنت لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم وان كان من ذهب حنت لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال ولوليس عقد ثلث غير مرصع لا يحنت عند ابي حنيفة رحمه الله وقالوا يحنت لانه حلي حقيقة

قوله لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكة لان غزلها قديكون من قطنها **قوله** والمعتاد هو المراد فكانه قال من فطني ومن قطن ساملكه ولهذا واشترى الزوج قطنا فغزلته ونسجته بغير اذنه يكون المنسوج للزوج **قوله** وذلك سبب ملكة اي غزل المرأة من قطن الزوج سبب ثبوت ملك الزوج في المغزول ولهذا تحنت اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر اي انما يحنت به لانه اضاف الى سبب الملك وهو غزل المرأة لا الى ملكة القطن لان القطن لم يصرمذكورا حتى يضاف اليه ولهذا لو قال ان لبست من غزلك من فطني فهو هدي اجماعا وان اضافته الى المرأة بان قال ان لبست من غزلك من قطنك لم يكن هديا اجماعا فلما اطلق ولم يقيد صرفناه الى ما هو المعتاد وهو غزل المرأة من قطن الزوج فيكون الغزل سببا للملك والاضافة اليه اضافة الى سبب الملك ولهذا يحنت فيما اذا غزلت من قطن هو ملك الزوج وقت النذر وان لم يكن القطن مذكورا ولو اهدى بقيمة الثوب جازو في التزام هدي شاة لا يجوز اهداء قيمتها لان القرية فيها اراقه الدم وفي الثوب سد خلة الفقير والقيمة فيه كالعين وقيل في اهداء قيمة الشاة وايتان وفي التزام هدي ما لا ينقل يهدى بقيمة **قوله** ومن حلف لا يلبس حليا بفتح الحاء وهو ما تتحلى به المرأة من ذهب او فضة او جوهر **قوله** حتى ابيح استعماله للرجال اي

(كتاب الايمان باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك)

ولو حلف لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنت لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائة الى آخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة به ولو حلف لا يصلي فقام وقرء وركع لم يحنت وان سجد مع ذلك ثم قطع حنت والقياس ان يحنت بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فمالم يأت بجميعها لاتسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر بالجزء الثاني ولو حلف لا يصلي صلوة لا يحنت ما لم يصل ركعتين لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا وقلها ركعتان للنهي عن التبرء والله تعالى اعلم بالصواب •

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته فنسجته فلبسه فهو هدي عندابي حنيفة رح وقال ليس عليه ان يهدي حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصديق به بمكة لانه اسم لما يهدي اليها لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الي سبب الملك ولم يوجد

عليه ليس بشرط لتحقيق الحنت بخلاف مما لو حلف لا يصوم صوما ولا يقال ان المصدر مذكور هنا ايضا لانا نقول بلى لكن لغة لا شرعا وعند ذكر المصدر صريحا ينصرف اليه الكامل وهو الصوم لغة وشرعا •
لذلك فمالم يأت بجميعها لا يسمى صلوة الا ترى انه لا يقال صلى ركوعا او سجودا وانما يقال صلى ركعة والله اعلم بالصواب •

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

من النوم على الفراش والجلوس على السرير •

قوله لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الي سبب الملك لقوله عم لانذر فيما يملكه ابن آدم

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

ومن قال ان ضربتك فعبدني حرفات فضربه فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مؤنث
ينصل بالبدن والا يلام لا يتحقق في الميت

بينه وبين الارض لباسه اي وهو لاسه اما اذا نزع وطرحه على الارض وجلس عليه
لا يحنت لانه حينئذ لم يبق تبعاله لان تبعيته باعتبار لبعه وبعد ما نزع صار هو بمنزلة
البساط او الحصر والله تعالى اعلم بالصواب •

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

اي الغسل والكسوة •

قوله لان الضرب اسم لفعل مؤنث يتصل بالبدن فان قيل يشكل هذا بقوله تعالى
وخذ بيدك ضغثا فاضرب به لا تحنت فقد برأيوب عليه السلام في يمينه بهذا الضرب
وان لم يوجد الا يلام لما ان الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من حبشش اورياحان
فلم يكن لمجموعه ايلام فكيف لاجزائه قلنا جازان يكون هذا حكما ثابتا بالنص في حق
ايوب عليه السلام خاصة اكرامه في حق امرأته تخفيفا عليها لعدم حنايتها بخلاف
القياس فلا يلحق غيره بهذا اذا لم يكن لاجزاء الضغث ايلام على ما ذكر من تفسير
الضغث بانه حزمة من حبشش اورياحان وروي عن ابن عباس رضي الله عنه ان الضغث
عبارة عن قبضة من الشجر فجازان يصيبها الم اجزائها حينئذ وفي الكشف وهذه الرخصة باقية
ومن النبي عليه السلام انه اتى بمخدج اي برحلي نافص الخلق قد حبت بامة فقال
خذوا عنكالا فيه مائه شمراخ فاضربوه بها ضربته ويجب ان يصيب المضروب كل واحد
من المائة اما اطرفها فائمة واما امرأتهما مبسوطة مع وجود صورة الضرب وفي شرح

(كتاب الايمان سباب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك)

حتى سمي به في القرآن ولأنه لا يتحلى به عرفا الامر صاعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لأن التحلي به على الانفراد معتاد ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه فرام حنث لانه تتبع للفراش فيعدنا ثما عليه وان جعل فوقه فراش آخر فنام عليه لا يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعاله فقطع النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تتبع له فلا يعتبر دائلا ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سرير آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه والله تعالى اعلم بالصواب •

لو كان حليا يحرم على الرجال لان التنزين بالذهب والفضة حرام على الرجال واما حل التختيم لهم بالفضة فانما كان لغرض آخر وهو قصد التختيم به لا التنزين او لما كان استعماله للتنزين ولغرض آخر كان ناقصا في معنى التحلي هذا اذا كان التختيم فضة خالصة اما اذا صنع التختيم من فضة على هيئة خاتم النساء بان كان ذاقص بحنث وهو اصحيم كذا في الفوائد الظهيرية ولو لبس خلخال او دملوجا او سوارا بحنث سواء كان من ذهب او فضة لانه حلي كامل لانه لا يستعمل الا للتنزين ولهذا لا يحل للرجال ذلك •

قوله حتى سمي به في القرآن قال الله تعالى ويصنعون منه حلية وانما يصنع من البحر للؤلؤ والاصل في الكلام هو الحقيقة ولأنه لا يتحلى به الامر صاعا والترصيع التركيب ومبنى الايمان على العرف فلا ينصرف الا الى المرصع عند اطلاقه وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد **قوله** ومن حلف لا ينام على فراش اي فراش بعينه **قوله** بخلاف ما اذا حال

يزار قبره لا هو ولو قال ان غسلتك فعدي حر فغسله بعد ما مات يحنت لان الغسل هو الامالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنت لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنت في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنت لانه عقد يمينه على حيوة يحدثها الله تعالى فيه وهو منصور فيعتقد

وقيل المقصود بذلك وعظ الاحياء لانهم الموتى ونظيره ما روي ان عليا رضي الله عنه كان اذا اتى المقابر قال عليكم السلام ديار قوم مؤمنين امانسا وكم فقد نكحت واما اموا لكم فقد فسمت واما دوركم فقد سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم وكان يقول سئل الارض من شق انهارك وغرس اشجارك وجني ثمارك فان لم تجبك حواراي مقالا اجابتك اعتبارا وكان ذلك على سبيل الوعظ للاحياء لا على سبيل الخطاب للمجمادات والموتى *

قوله يزار قبره لا هو لان من طاف بيات رجل لم يعد زائرا له ولودخل عليه وهونائم لا يعد زائرا له فهنا **اولى قوله** ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت الاترى ان من صلى وهو يحمل ميتا مسلما لم يغسل بعد لا يجوز ولو كان غسلا تجوز صلوته **قوله** فمد شعرها او خنقها او عضها حنت قالوا هذا اذا كان اليمين بالعربية ولو كانت بالفارسية لا يحنت كذا ذكره النمرقاشي رحمه الله وقال في الاصل او وجأها او فرصها وقال الشافعي رحمه الله لا يحنت لان هذه الاشياء لا يسمى ضربا عادة **قوله** وقبل لا يحنت في حال الملاعبة اي وان المبالاة لم يتعارف هذا ضربا بل ممازحة كذا في الغوائد الطهيرية وهذا يدل على انه لو ضربها بالة في حالة الملاعبة لا يحنت ايضا لانه يسمى ممازحة لا ضربا وفي التفاريق الضرب لا يقع على الرامي بحجر او غيره كذا ذكره النمرقاشي رحمه

(كتاب الايمان ... باب اليمين في الضرب والقتل وغيره)

ومن يعذب في القبر توضع فيه الحيوة في قول العامة وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به التسرو قيل بالفارسية ينصرف الى اللبس *

قال وكذلك الكلام وان خول لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت

الطحاوي ومن حلف ليضربن فلانا مائة سوط فضربها ضربة واحدة ان وصل اليه كل سوط بحباله برقي يمينه والا يلام شرط فيه لان القصد من الضرب الا يلام *

قوله ومن يعذب في القبر توضع فيه الحيوة ثم من كل وجه عند البعض ويقدر ما ينال من عند البعض وقال بعضهم يؤمن باصل العذاب ويسكت عن الكيفية وعن ابي الحسين الصالحى يعذب الميت من غير حيوة اذا الحيوة عند هليست بشرط لثبوت العلم وقيد بقوله في قول العامة احترازاً عن قوله وكذلك الكسوة يعني لو قال ان كسوتك فعبدني حر **قوله** وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس اي من غير تمليك ولو حلف لا يلبس فلانا فالبسه بعد ما مات حث لان الالباس هو السترو والميت يستركم يستتر الحى

قوله وكذلك الكلام بان حلف لا يكلم فلانا اولاً يدخل دار فلان لان المقصود من الكلام لافهام وذا بالاسماع وذا لا يتحقق بعد الموت فان قيل روي ان قتلى بدر من المشركين لما القوا في القلب قام رسول الله عليه السلام على رأس القلب وقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً فقال عمر رضي الله عنه اتكلم الميت يا رسول الله فقال ما انتم باسمع من هؤلاء قلنا هو غير ثابت فانه لما بلغ هذا الحديث لعائشة رضي الله عنها قالت كذبتم على رسول الله عليه السلام قال الله تعالى انك لا تسمع الموتى وما انت بمسمع من في القبور ثم اوضح ذلك كان ذلك معجزة لرسول الله عليه السلام

وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة والمستحقة لم يحنث الحالف لان الزيادة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجاوز به صار مستوفيا فوجد شرط البروقبض المستحقة صحيح فلا يرتفع برده البرا لمحقق وان وجد هار صا صا واستوتقة حنث لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم وان باعه بها عبد او قبضه بر في يمينه

قوله وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة في المغرب زافت عليه دراهمه اي صارت مردودة عليه لغش فيها وقد زيفت اذ اردت ودرهم زيف وزائف ودراهم زيوف وزيف وقيل هي دون النبهرج في الرداءة لان الزيف ما يرده بيت المال والنبهرج ما يرده التجار وقياس مصدره الزيوف واما الزيادة فمن لغة الفقهاء والستوق بالفتح اردا من النبهرج وعن الكرخي رحمه الله الستوق عند هم ما كان الصفر او النحاس هو الغالب الاكثر فيه وقيل هو تعريب سم تو وهو ان يكون داخله نحاسا وخارجة فضة **قوله** فلا يرتفع برده البرا لمحقق جواب عما يقال لما رد المقبوض انتقض قبضه من الاصل فصار كان لم يكن فقال بلى انتقض القبض بعد الصحة لان المقبوض من جنس حقه فيظهر نقض القبض في حق حكم يقبل الانتقاض والبر لا يحتمل الانتقاض لان اليمين قد انحلت به وفي الايضاح والقبض وان انتقض بالرد ولكن اليمين قد انحلت قبل الرد لوجود شرطه وهو قبض الحق فلا يثبت الحنث في اليمين المنحلة لان الحنث يقتضي قيام اليمين ولم يبق اليمين **قوله** حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم لانه يكون استبعاد الا لاستيفاء وهذا ايضاح انه ليس من جنس الدراهم **قوله** وان باعه بها عبد او قبضه اي المشتري العبد وانما شرط القبض لان الثمن بنفس البيع وان وجب على المشتري الا انه يعرض السقوط وتقرر بالقبض فشرط القبض لهذا

(كتاب الايمان ... باب اليمين في تقاضى الدراهم)

ثم بحث للعجز العادي وان لم يعلم لا بحث لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه ولا يتصور فيصير قياس مسألة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح والله تعالى اعلم بالصواب *

باب اليمين في تقاضى الدراهم

وهن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو مادون شهروان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر لان مادونه يعد قريبا والشهرو ما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقينك منذ شهرو من حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاء ثم

قوله ثم بحث للعجز العادي هو منسوب الى العادة اي لانه ما جزا عادة لانه لا اعادة للحيوة قبل اليوم الموعود في العادة فيتحقق العجز عن اعاتها عادة **قوله** وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم اي في مسألة الكوز **قوله** هو الصحيح احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي فقال فيه ولو كان يعلم ان الكوز لا ماء فيه فحلف وقال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق فانه بحث بالاتفاق وروى عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه في رواية اخرى انه لا بحث علم او لم يعلم وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه والصحيح ما ذكر في الكتاب كذا في الفوائد الظهيرية وقد تقدم الفرق بين مسألة الكوز ومسئلة القتل والله تعالى اعلم بالصواب *

باب اليمين في تقاضى الدراهم

قوله فهو اكثر من الشهر الحكم في شهر كذا لك لكنه ذكر الاكثر في مقابلة ما دون الشهر.

لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الاترى انه اضاف القبض الى دين
معرف مضاف اليه فينصرف الى كمله فلا يحنت الا به فان قبض دينه في وزن
ولم ينشأ غل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنت وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر وزن
الكل دفعة واحدة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان لي المائة
درهم فامراته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنت لان المقصود منه عرفانني
ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناءها بجميع اجزائها وكذلك اذا قال غير
مائة او سوى مائة لان كل ذلك أداة الاستثناء والله تعالى اعلم بالصواب •

وابراء غير انه ان لم يبر لم يحنت ايضا عند هاتين الفوات المحلوف عليه وهو الدين وفوات
المحلوف عليه جهة في بطلان اليمين على ما عرف في مسألة الكوز وفي فوائد البخاري
رحمه الله وقبل ذكر اليوم في وضع المسئلة وقع سهوا من الكاتب وذكر فخر الاسلام علي
المبزز دوي والشيخ الامام شمس الائمة السرخسي والشيخ الامام ابو المعين النسفي
رحمهم الله هذه المسئلة في كتبهم مطلقة غير موقفة باليوم فعلى هذا معنى قوله لا يبر لم يحنت
لكن هذه نسبة الى السهو مع الوجه الصحيح وهو انه لا يبر لبطلان اليمين فلا يحنت •

قوله لان الشرط اي شرط الحنت قبض الكل لكنه بوصف التفرق يعني ان شرط
الحنث شيان احدهما قبض الكل والثاني وصف التفرق فيه فاذا وجد احدهما دون
الآخر لا يحنت ثم ههنا عند قبض البعض ان وجد التفرق لم يوجد قبض الجميع
بعد فلا يحنت **قوله** ولان استثناء المائة استثناءها بجميع اجزائها فكان استثناء
الخمسين داخلا تحت استثناء المائة لان الخمسين من اجزاء المائة فلهذا لا يحنت
والله تعالى اعلم بالصواب •

لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكانه شرط القبض لينقربه
وان وهبه له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين
ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنت حتى يقبض جميعه

قوله لان قضاء الدين طريقه المقاصة ووجه ذلك هو ان ما يقبضه رب الدين يصير
مضمونا عليه لانه يقبضه لنفسه على وجه التملك ولرب الدين على المدينون مثله اي مثل ما في
ذمته فيلتقيان قصاصا واذا ثبت ان طريق قضاء الدين ما قلنا وقعت المقاصة بين الدين
وبين ثمن العبد فكان ثمن العبد قضاء لان ثمن العبد آخر الدينين وجوبا و آخر الدينين
وجوبا قضا ولاولهما وجوبا اذا القضاء يتلوا وجوب **قوله** وان وهبه له يعني الدين لم يبر
وفي الكافي للعلامة النسفي رحمة الله تعالى وقوله في الهداية لم يبر مشكل لانه يوهم
انه يحنت وليس كذلك لان اليمين لما كانت موقفة باليوم فاذا وهبه له قبل مضي
اليوم فقد عجز عن تحقق البر قبل مجيء وقت الحنت وهو آخر اليوم فيبطل اليمين
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى كما لو قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا
الكوز اليوم فعبدته حرقب الماء قبل مضي اليوم فان اليمين تبطل عندهما والجواب
ان قوله لم يبر ما كت عن الحنت فلا يحمل عليه بل المراد لم يبر ولم يحنت ايضا لغوات
المحلف عليه وهو الدين وهذا لان قوله لم يبر اعم من قوله يحنت ومن قوله تبطل
اليمين فيحمل على الثاني تصحيا لكلامه ولولم ينقيد باليوم يستقيم كافي مسألة الكوز
وذكر في الفوائد الظهيرية بخلاف ما اذا وهبها اذ ليس فيها قضاء ولا اقتضاء بل هي اسقاط

ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل فقد بر في يمينه خلا فالزفر رحنانه
يعتبره بالبيع لانه تملك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل
ولان المقصود اظهار السماحة وفليك يتم به واما البيع فمعاوضة فاقضى الفعل من الجانبين
ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحسن لانه اسم ما لا ساق له ولهما ساق

قوله ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه اي قال وهبت منك هذا العبد ولم يقبل فقد بر
في يمينه وكذا لو حلف لا يهب عبده من فلان فوهبه ولم يقبل حنث وقال زفر رحنانه يحسن ما
لم يقبله او يقبضها لان الهبة لا يصح الا بهما ولنا ان الهبة اسم لا يجاب المملك من جانب وقد وجد
وفي الذخيرة الهبة هي التملك من جانب الواهب وذلك في قوله وهبت ولا تعلق له
بالقبول وانما القبول لثبوت المملك والمملك حكم الهبة وشرط الحنث نفس الهبة لا حكمه او في جامع
بكر رحنانه الله هذا كما لو حلف لا يقر له بشي او لا يوصي ففعل ولم يقبل الا حنث
تم اختلاف اصحابنا رحمهم الله قال بعضهم المملك يثبت قبل القبول الا ان بالرد ينقض
دفع الضرر المنة وقال بعضهم لا يثبت لاحتمال ان يكون الموهوب محرما للموهوب له
فيعتق فلا يملك دفع الضرر فيتوقف الثبوت على القبول بخلاف البيع والاجارة
والكتابة لانه تملك من الجانبين فكان تمامه بهما وكذا كل عقد فيه بدل والصدقة والعطية
والهدية والنكاح والعمرى والاهارة كالهبة وفي الكفاية وكذا القرض وعن ابي يوسف رحن
رواية اخرى ان قبول المستقرض شرط لان القرض في حكم المعاوضة **قوله** ومن حلف
لا يشم ريحانا الخ الريحان هو كل ما طاب ريحه من النبات وعند الفقهاء الريحان ما لسا فرائحة
طيبة كالورق كالاس والورد ما لورقه رائحة طيبة فحسب كالياسمين كذا في المغرب وفي هرف
اهل العراق الريحان اسم لما لا يقيم له على الساق من البقل مما له رائحة طيبة ويحسب في
كل عام كالضميران ونحوه وفي المبسوط ولو حلف لا يشم ريحانا فشم آسا وما اشبهه من الرياحين

مسائل متفرقة

وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبداً لأنه نفى الفعل مطلقاً نعم الامتناع ضرورة عموم
النفي وإن حلف ليفعل كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه لأن الملتزم فعل واحد غير معين
إذا لمقام مقام الإثبات فيبراي فعل فعله وإنما بحث لوقوع اليباس عنه وذلك بموته
أو بفوت محل الفعل وإذا استخلف الوالي رجلاً لعلمه بكل دأمر دخل البلد فهذا
على حال ولايته لأن المقصود منه دفع شره أو شر غيره بجزره فلا يفيد فائده بعد
زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية.

مسائل متفرقة

قوله نعم الامتناع ضرورة عموم النفي لأنه نفى الفعل مطلقاً يقتضي عدم الفعل في
جميع العمر ضرورة عموم النفي ووجوده في جزء منه ينافي بعدمه في جميعه **قوله** فيبراي
فعل فعله أي مختاراً أو مكرهاً أو ناسياً أو بطريق التوكيل **قوله** بكل دأمر الدأمر
الخبيث المفمّد ومصدره الدعارة وهي من قولهم عود دأمر أي كثير الدخان
كذا في المغرب **قوله** وكذا بالعزل في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب
الرفع بعد العزل لأنه مفيد لاحتمال أن يؤول ثانياً فيؤدب الدأمر ثم إن الحالف لو علم
بدخول الدأمر البلد ولم يعلم المستخلف حال قيام سلطنته لا بحث بمجرد أنه لم يعلم لأنه
جعل شرط البحث ترك الإعلام وبالنسبة لا يتحقق الترك مادام سلطاناً وأما إذا
لم يعلمه حتى مات المستخلف أو عزل فحينئذ بحث الحالف ولا ينفعه إعلام السلطان
الذي جاء بعده لأن يمينه انعقدت على إعلام الأول كذا في الخبر.

كتاب الحدود

الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبوات وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حداً لما أنه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الأصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد

كتاب الحدود

قوله وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى احتراز بالمقدرة عن التعزير وقوله حقاً لله تعالى عن القصاص قبل تقديرات الشرع على أربعة أنواع منها ما هو يمنع الزيادة والنقصان وهو الحدود ومنها ما لا يمنع الزيادة والنقصان كما قال الله تعالى وما تدري نفس ماذا تكسب غداً فانه لا يعلم ماذا تكسب في هذا اليوم في الزمان الثاني ولا في بعد غد وكذلك قوله تعالى من ان تامينه بقنطار يؤده اليك ومنها ما هو يمنع الزيادة دون النقصان وهو خيار الشرط عند ابي حنيفة رحمه الله ومنها ما هو بمنع النقصان دون الزيادة كمدة السفر **قوله** والمقصد الأصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد وهو اختلاط الانساب فالله تعالى شرع حد الزنا لصيانة فرش المسلمين من الفساد وشرع حد القذف لصيانة امرأاتهم وشرع حد الهرج لصيانة عقولهم وشرع حد السرقة لصيانة اموالهم

(كتاب الايمان ... مسائل متفرقة)

ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبار للعرف ولهذا يسمى بائعه
بائع البنفسج والشراء يبتني عليه وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد
فاليمين على الورق لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج قاص عليه والله تعالى اعلم .

حنت وان شم الياسمين او الورد لا يحنت لانهم امن جملة الأشجار والرياحين اسم لما ليس له شجر
الاترى ان الله تعالى قال والنجم والشجر يسجدان الى ان قال واحب ذو العصف والريحان
فقد جعل الريحان غير الشجر فعرفنا ان ماله شجر ليس بريحان وان كانت له رائحة مستلذة*
قوله ولو حلف لا يشتري بنفسجا وفي المبسوط اذا حلف لا يشتري بنفسجا فاشترى دهن
بنفسج حنت عندنا ولم يحنت عند الشافعي رح لانه يعتبر حقيقة لفظه وما اشترى عين البنفسج
لان المتصل بالدهن رائحة البنفسج لا عينه ولكننا نعتبر العرف فاذا اطلق البنفسج يراد به الدهن
ويسمى بائعه بائع البنفسج فيصير هو بشرائه شترى بالبنفسج ايضا وكوا شترى ورق البنفسج
لم يحنت وذكر الكرخي رح في كتابه انه يحنت ايضا وهذا شي يبتني على العرف ففي
اهل الكوفة في ذلك الوقت بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما يسمى به بائع الدهن فبني
الجواب في الكتاب على ذلك ثم شاهد الكرخي عرف اهل بغداد انهم يسمون به بائع
الورق ايضا فقال يحنت وهكذا في ديارنا ولا نقول ان اللفظ في احدهما حقيقة وفي الآخر مجاز
ولكن فيهما حقيقة او يحنت فيهما باعتبار عموم المجاز والخبري كالبنفسج واما الورد والحناف قال
فاني استحسن ان اجعله على الورق والورد اذا لم يكن له نية وان اشترى دهنهما لم يحنت
قوله والعرف مقرر له لان اسم الورد حقيقة في ورقه وفي العرف يراد به الورق ايضا فكان
العرف مقرر له وفي البنفسج قاص عليه لانه اسم للورق حقيقة ويراد به في العرف دهنه
فرجحنا العرف على الحقيقة لان مبنى الايمان على العرف والله تعالى اعلم بالصواب .

فاذا شهدوا يسألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى ومن زنى لان النبي عليه السلام استفسر ما عزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك واجب لانه عساه غير الفعل في الفرج عنه او زنى في دار الحرب او في المتقادم من الزمان او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطى في جارية الابن فيستقصى في ذلك احتياالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رأينا وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي منهم فعدلوا في السرو العلانية حكم بشهادتهم ثم لم يكتف بظاهرا العدالة في الحد ودا احتيالا للدرء قال عليه السلام ادرؤا الحد ودما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة رح وتعديل السرو العلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى

قوله فاذا شهدوا يسألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو اما السؤال عن ماهية الزنا فلما حتراز عما لم يكن فعلهما على الحد الذي ذكر من تفسير الزنا فان من الناس من يعتقد في كل وطى انه زنى ولان الشرع سمى الفعل فيمادون الفرج زنا فالعيان تزنيان وزناهما النظر والبدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي والفرج يصدق ذلك او يكذب والحد لا يجب الا بالجماع في الفرج واما السؤال عن الكيفية فلما حتراز عن تماس الفرجين من غير ايلاج وقبل للاحتراز عن صورة الاكراه واما السؤال عن المكان فلما حتراز عن فعل الزنا في دار الحرب واما السؤال عن الوقت فلما حتراز عن ان يكون العهد متقادما وحد الزنا لا يقام بعد تقادم العهد عندنا واما السؤال عن المزني بها فلما حتراز عن ان يكون له نكاح او شبهة نكاح مع المفعول بها وذلك غير معلوم للشهود فاذا فمروا تبين ذلك للقاضي **قوله** وقالوا رأينا وطئها هذا جواب مما هو وقوله كالميل في المكحلة جواب كيف هو ميل المكحلة خشبتها التي يتخل بها والمكحلة بضمين وعاء الكل والجمع مكاحل .

والطهارة ليست أصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر.

قال الزنا يثبت بالبينة والافرار والمراد ثبوته عند الإمام لان البينة دليل ظاهر وكذا
الافرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بشبونه ضررة ومعرفة الوصول الى العلم
القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر.

قال فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود على رجل او امرأة بالزنا لقوله تعالى
فاستشهدوا عليهم اربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء وقال
عليه الصلوة والسلام للذي قذف امرأته ايت باربعة يشهدون على صدق
مقاتلك ولان في اشتراط الاربعة يتحقق معنى السترو هو مندوب اليه والاشاعة ضده

قوله والطهارة ليست أصلية لانها تحصل بالنوبة لا باقامة الحد اذ الحد يقام على كره
منه فلا يكون محصلا للتوابع فلا يحصل به الطهارة فان تاب كان الحد طهارة له والا
لا يكون طهارة بل يكون خزيا ونكالا كما قال الله تعالى في حد قطع الطريق ذلك لهم
خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم **قوله** الزنا يمد ويقتصر فالقصر لاهل
الحجاز قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا والمد لاهل نجد قال الفرزدق ابا حاضرم يزن
يعرف زناؤه ومن يشرب الخمر طوم يصبح ممكرا الخمر طوم الخمر المسكر يفتح الكاف
من التكبير **قوله** يخاطب به الرجل المكني بابي حاصر والنسبة الى المصور زنوي والى
المدود زناوي كذا في الصحاح **قوله** يثبت بالبينة والافرار اي عند الامام وعلم
القاضي ليس بحجة في الحدود باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وان كان القياس
يقتضي اعتباره لان علمه فوق البينة والافرار **قوله** والاشاعة ضده اي ضد السترو فيكون
مذموما لقوله تعالى ان الذين يحبون ان تهب العاصفة في الدين آمنوا لهم عذاب
اليم في الدنيا والآخرة.

ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا وان لاتحاد المجلس اثر في جمع المنفردات فعند
يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاعتراف بالقر فيعتبر اتحاد مجلسه دون القاضي
والاختلاف بان يرد القاضي كلما اقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجبي فيقر هو المروي
عن ابي حنيفة رحمه الله عليه السلام طرد ما عزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة

فابى الان يقر بصريح الزنا فقال ابك خبل ابك جنون وفي رواية بعث الى اهله هل ينكرون
من عقله فقالوا الافسأل عن احصائه فاخبرانه محصن فامر برجمه كذا في المبسوط فان قيل
انما اعرض النبي عليه السلام لانه استراب عقله فقد جاء اشعث اغبر متغير اللون الا
انه لما اصر على الاقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك ثم ازال الشبهة بالسؤال ابك
خبل ابك جنون قلنا اما الحال فدلل التوبة والخوف من الله تعالى لادليل الجنون
وانما قال رسول الله عليه السلام ابك خبل ابك جنون تلقينا لما يد رآ به الحد كذا قال لعك
وطئها ليرجع عن الزنا الى الوطي فيسقط الحد به عنه وكما قال للمسارق اسرق وما اخاله سرق
والدليل عليه ما روي ان ابا بكر رضي الله عنه لما عزمنا ان اقررت الاربعة رجمك ثبت
ان هذا العدد كان ظاهرا عند هم ولانه لو كان لالباء العذر اعلق الامر بثلاث لا بربع كذا في
الاسرار واعتباره بما اثر الحقوق باطل فقد ظهر منه من التغليظ ما لم يظهر في سائر الاشياء من
ذلك ان النسبة الى هذا الفعل موجب للحد بخلاف سائر الافعال وشرط في احدي الحجج
من العدد ما لم يشترط في سائرهما وكل ذلك للتغليظ فكذلك اعتبار هذه الاقرار كذا في المبسوط

قوله ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا اراد به قوله الى ان يتم الاقرار ومنه
اربع مرات في اربع مجالس فعند اي اتحاد المجلس **قوله** فيعتبر اتحاد
مجلسه دون القاضي اي اتحاد مجلس المقر معتبر في عدم الوجوب دون اتحاد
مجلس القاضي **قوله** والاختلاف بان يرد القاضي كلما اقر بان يقول ابك خبل

قَالَ فِي الْأَصْلِ يُحْبَسُهُ حَتَّى يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ الْإِتِّهَامَ بِالْجَنَازَةِ وَقَدْ حَبَسَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَجُلًا بِاتِّهَامِهِ بِخُلَافِ الدِّيُونِ حَيْثُ لَا يُحْبَسُ فِيهَا قَبْلَ ظَهْوَرِ الْعِدَّةِ وَسَيَأْتِيكَ الْفَرْقُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى *

قَالَ وَالْإِقْرَارُ أَنْ يَقْرَأَ الْبَالِغُ الْعَاقِلُ عَلَى نَفْسِهِ بِالزَّنا أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسٍ مِنْ مَجَالِسِ الْمَقْرُكَلَمَا أَقْرَرَهُ الْقَاضِي فَاشْتَرَا طَبْلُوغَ وَالْعَقْلُ لِأَنْ قَوْلَ الصَّبِيِّ وَالْمُجَنُّونَ غَيْرُ مَعْتَبَرٍ وَهُوَ غَيْرُ مُوجِبٍ لِلْحُدُودِ اشْتَرَا طَبْلُوغَ مَذْهَبَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَجْعٌ يَكْتَفِي بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً عَتَبًا بِسَائِرِ الْحَقُوقِ وَهَذَا لِأَنَّهُ مَظْهَرٌ وَتَكَرَّرَ الْإِقْرَارُ لَا يَفِيدُ زِيَادَةَ الظُّهْرِ بِخُلَافِ زِيَادَةِ الْعِدَّةِ فِي الشَّهَادَةِ وَلَنَا حَدِيثٌ مَا عَزَّرَ ضَفَانَهُمْ إِخْرَاقَ الْقَامَةِ أَيْ أَنَّ تَمَّ الْإِقْرَارَ مِنْهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسٍ فَلَوْ ظَهَرَ دُونُهَا مَا إِخْرَاقَ لثَبُوتِ الْوُجُوبِ وَلِأَنَّ الشَّهَادَةَ اخْتَصَتْ فِيهِ بِزِيَادَةِ الْعِدَّةِ فَكَذَا الْإِقْرَارُ اعْظَامًا لِأَمْرِ الزَّنا وَتَحْقِيقًا لِمَعْنَى السُّتْرِ

قَوْلُهُ يُحْبَسُهُ حَتَّى يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ فَإِنْ قَبِلَ الْحَبْسَ يَنَاقِضُ الْإِحْتِيَالَ الْمُدْرِعَ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَشْرَعَ كَمَا خُذَ الْكَفِيلُ مِنْهُ فَلَنَا حَبْسُهُ لَيْسَ بِطَرِيقِ الْإِحْتِيَاظِ بَلْ بِطَرِيقِ التَّعْزِيرِ لِأَنَّهُ صَارَ مِنْهُمَا بَارِئًا كَتَابِ الْفَاحِشَةِ فَيُحْبَسُهُ تَعْزِيرًا **قَوْلُهُ** فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسٍ مِنْ مَجَالِسِ الْمَقْرُكَلَمَا قَالَ ابْنُ أَبِي لُبَيْلٍ يَقَامُ بِالْإِقْرَارِ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ وَإِنْ كَانَ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ عَتَبًا بِالْإِقْرَارِ بِالشَّهَادَةِ بَعْلَةً أَوْ أَحَدَ حُجْنِي الزَّنا **قَوْلُهُ** اعْتَبَارَ بِسَائِرِ الْحَقُوقِ يَعْنِي فِي سَائِرِ الْحَقُوقِ الْعِدَّةُ مَعْتَبَرَةٌ فِي الشَّهَادَةِ دُونَ الْإِقْرَارِ فَكَذَلِكَ هُنَا **قَوْلُهُ** بِخُلَافِ زِيَادَةِ الْعِدَّةِ فِي الشَّهَادَةِ لِأَنَّ زِيَادَةَ طَمَائِنَةِ الْقَلْبِ تَحْصُلُ بِزِيَادَةِ الْعِدَّةِ مِنَ الشُّهُودِ وَلَا تَحْصُلُ ذَلِكَ بِتَكَرُّرِ الْكَلَامِ مِنْ وَاحِدٍ **قَوْلُهُ** وَلَنَا حَدِيثٌ مَا عَزَّرَ ضَفَانَهُ جَاءَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ زَنَيْتَ فَظَهَرَ نِي فَاعْرِضْ عَنْهُ فَجَاءَ إِلَى الْجَانِبِ الْآخَرِ وَقَالَ مِثْلُ ذَلِكَ فَلَمَّا قَالَ فِي الْمَرَّةِ الرَّابِعَةِ قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْآيَةَ فَرَرْتُ أَرْبَعًا مِنْ زَنَيْتَ قَالَ بَعْلَةً قَالَ لَعَلَّهَا قَبْلَتَهَا لَعَلَّهَا بَاشَرَتَهَا

فصل في كيفية الحد واقامته

واذا وجب الحد وكان الزاني محضاً رجمه بالعجارة حتى يموت لانه عليه الصلوة والسلام رجم ما عزا وقد احسن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد احصان وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وقال يخرجون الى ارض فضاء وينتدوني الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله تعالى عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على الاذاء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بداءته احتيال للدرء وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه لا تشترط بداءته اعتباراً بالجلد فلنا كل احد لا يحسن الجلد فرما يقع مهلكاً والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه ابلأف لان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع *

من الاول اي قوله لعنك نزوجتها او وطئها بشبهة قريب من قوله لعنك مستسئها او قبلتها في المعنى من حيث ان كل واحد منهما يلحق بالرجوع لما ان في كل واحد منهما لو قال نعم يسقط الحد والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل في كيفية الحد واقامته

قوله في الحديث المعروف وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى معان ثلث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير حق وهو حديث معروف **قوله** وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم اي على وجوب الرجم اذا كان الزاني محضاً الرجم حد مشروع في حق المحض ثابت بالسنة الا على قول الخوارج فانهم ينكرون الرجم لانهم لا يقبلون الاخبار اذ الممكن في حيز التواتر *

قال فاذا تم اقراره اربع مرات ساله عن الزنا ما هو وكيف هو اين زنى وبمن زنى
فاذا بين ذلك لزمه الحد اتمام الحجة ومعنى السؤال من هذه الاشياء بينا في الشهادة
ولم يذكر السؤال فيه من الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة
دون الاقرار وقيل لوسا له جاز لجوارته زنى في صباه فان رجع المقر عن اقراره
قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله وقال الشافعي رحمه الله وهو قول
ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب
بالشهادة وصار كالتقصاص وحد القذف وانما ان الرجوع خبر محتمل للصدق
كلاقرار وليس احد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو
التقصاص وحد القذف لو حود من يكذبه ولا كذاك ما هو خالص حق الشرع
وينبغي للامام ان يلحق المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عليه السلام
لما عزر رضي الله عنه لعلك مسستها او نبلتها وقال في الاصل وينبغي ان يقول له الامام
لعلك نزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى والله اعلم بالصواب

ايك جنون كما مر من لفظ الحديث وفي الايضاح وينبغي للامام ان يزجره عن الاقرار
ويظهر الكراهة له ويأمره بانتهجه لما روي عن النبي عليه السلام انه طرد ما عزا
وعن عمر رضي الله عنه انه قال اطردوا المعترفين يعني في الزنا

قوله كما انما وجب بالشهادة يعني ان الحد لا يبطل بانكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه فكذا
لا يبطل الاقرار بانكار لانهما حجتان فيه فيعتبر احدهما بالاخر قلنا ان انكار المشهود عليه شرط
صحة قبول البينة وشرط صحة الشيء لا يكون مبطالا له ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع
اي ليس احد يكذبه فيه فيعلم من كماله الاقرار والرجوع وكل واحد منهما متميل بين الصدق
والكذب والشبهة تثبت بالمعارضة فيسقط الحد وجود الشبهة بهذا الطريق قوله وهذا قريب

قال يأمر الامام بضربه بسوط لاثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رضي الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغيره ملولم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار وتنزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال الاله اليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فليتوقاه ويفرق الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف .

قال الاراسه ووجهه وفرجه لقوله عليه السلام للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذاك اهلاك معني فلا يشرع حدا

قوله بسوط لاثمرة له ثمرة السوط مستعارة من واحدة ثمرة الشجرة وهي عذبتة وذنبه طرفه وفي المجمل والصاحح ثمرة السوط عقد اطرافها ومنه يأمر الامام بضربه بسوط لاثمرة له يعني العقدة والاول اصح لما ذكرنا الطحاوي رحمه الله ان عليا رضي الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان وفي رواية له ذنبان اربعين جلدة وكانت الضربة ضربتين كذا في المغرب وكذلك تعليل الايضاح دليل عليه حيث قال وينبغي للمقاضي ان يأمر الجلال ان لا يضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها يصير كل ضربة ضربتين وا لمشهور في الكتب لاثمرة له اي لا عقدة عليه **قوله** بين المبرح برحاء الحمى وغيرها شدة الاذي يقول برح به الامير تبريحا وضربه ضربا مبرحا كذا في الصاحح **قوله** ويفرق الضرب على اعضائه ذكر في المبسوط ويعطى كل عضو حظه من الضرب لانه قد نال اللذة في كل عضو **قوله** والمذاكير هي جمع الذكر الذي هو العضو على خلاف القياس كانهم فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذي هو الحمل

وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لقوات الشرط وان كان مقرا ابتداء
 الامام ثم النسخ كذا روي عن علي رضي الله عنه وروى رسول الله عليه السلام الغامدية
 بحصة مثل الحصة وكانت قد اعترفت بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه
 السلام في ما عزر رضي الله عنه اصنعوا به ~~كما يفعلون~~ بموناكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل
 كما نقول قصاصا وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعد ما رجعت وان لم يكن
 محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل
 واحد منهما مائة جلدة الا انه نسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به

قوله وكذا اذا ما نوا او غابوا في ظاهر الرواية احتريزه عما روي عن ابي يوسف
 رحمة الله تعالى عليه فانه ذكر في الايضاح ولوا منع الشهود او بعضهم او كانوا
 غيبا او ماتوا او مات بعضهم او عمي بعضهم او حرس او جن او ارتد او قذف
 مسلما فضرب الحد لم يجرم المشهود عليه في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
 واتخذى الروايتين عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه وروي انهم اذا امتنعوا
 او غابوا رجم الامام ثم الناس كذا في الذخيرة فاذا كان الشهود مقطوع اليدين في الاصل
 لا يمتنع الاقامة بخلاف ما اذا قطعت ايديهم بعد الشهادة وفي الايضاح ولا بأس بكل من
 رمى ان يعتمد قبله لانه المقصد من الرجم الا انه اذا كان ذا رحم محرم من
 المرحوم فانه لا يمتنع ان يعتمد قبله وقد روي عن حنظلة بن ابي عامر رضي الله
 عنه انه استأذن رسول الله عليه السلام في قتل ابيه وكان هو كافرا فصنعه ذلك
 وقال دعه يكفئك غبرك ولانه مأجور بصلة الرحم فلا يجوز النطق من غير حاجة
 الغامدية امرأة من غامد حي من الازد والجلدة ضرب الجلد ومنه جلدة الجلد

وتضرب جالسة لما روينا ولأنه استرلها وان حفر لها في الرجم جازلانه عليه الصلوة والسلام
 حفر للغامدية التي ثندوتها وحفر علي رضي الله تعالى عنهم لشرحة الهمدانية وان ترك
 لا يضره لانه عليه الصلوة والسلام لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر
 وحفر الى الصدر لما روينا ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام ما حفر لما عزر رضي الله عنه ولان
 مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير مشروع ولا يقيم المولى الحد
 على عبدة الابدان الامام وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه انه ان يقيم له ان له ولاية مطلقة
 عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كما لتعزير
 ولنا قوله عليه السلام اربع الى الولاية وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها
 اخلاء العالم من الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيصنوفيه من هونائب عن الشرع وهو
 وانما اخصص بالذكر لغلبة اسباب السفاح فيهن ودعوتهن اليه دون العبيد واليه الاشارة في

تقديم الزانية على الزاني بخلاف السارق والسارقة

قوله وتضرب جالسة لما روينا اي من حديث علي رضي الله عنه والنساء يعودوا الثندوة بفتح
 الاول والواو والضم والهمزة مكان الواو والدا ل في الجمالين مضمومة ثدي الرجل والحم الثديين
 كذا في المغرب الهمدانية بسكون الميم **قوله** ما حفر لما عزر ولا ربط ولا امساك بل كان مطلقا
 حتى هرب من ارض قليلة الحجارة الى ارض كثيرة الحجارة والربط والامساك غير
 مشروع الا ان يعجزهم فحينئذ يربط ويشد **قوله** وقال الشافعي رح له ان يقيم اي الحد الذي
 هو محض حق الله تعالى ان عاين سببه او اقرين يديه وان ثبت بالبينه فله قولان وفي
 حد القذف والقصاص له وجهان وهذا اذا كان المولى ممن يملك اقامة الحد بولاية الامة
 ان كان اما ما فان كان مكا تبا او ذميا او امرأة فليس له ولاية اقامة الحد على مملوكه لقوله
 عليه السلام اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم وقال اذا زنت امة احدكم فليجلدها

وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى عليه يضرب الرأس ايضا ثم رجع اليه وانما يضرب
 سوطا لقول ابي بكر رضي الله تعالى عنه اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا تأويله انه
 قال ذاك فيمن ابيع قتله ونقل انه ورد في حربي كان من دماء الكفرة
 والا هلاك فيه مستحق ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود لقول
 علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء فعود اولان مبني اقامة
 الحد على الشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المدان يلقي على وجه
 الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان
 يمد بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق وان كان عبدا جلده
 خمسين جلدة لقوله تعالى فعليه نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء
 ولان الرق منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجنابة عند توافر النعم افحش
 فيكون ادعى الى التغليب والرجل والمرأة في ذلك سواء لان النصوص تشملهما
 غير ان المرأة لا ينزع من ثيابها الا الفرو والاحشولان في تجريدها كشف العورة
 والفرو والاحشويمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان

وبين الذكر الذي هو العضو ثم انما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع افراد قرينة وهو الوجه لانه اراد به
 ذلك العضو لمعين ما حوله كقولهم لشابت صفارق رأسه كذا في الصحاح والمغرب وعن ابي يوسف
 رحمه الله تعالى عليه في ضرب الحد يتقى الفرج والبطن والوجه والصدر ذكره في الذخيرة
 قوله قال ابو يوسف رحمه الله تعالى عليه يضرب الرأس ايضا وفي الايضاح يضرب
 الرأس لان ضربه سوطا او سوطين لا يخشى منه الفساد قوله وان كان عبدا جلده
 خمسين لقوله تعالى فعليه نصف ما على المحصنات من العذاب والمراد به الحد
 لان الرجم لا ينتصف والآية نزلت في الاماء والمحكم في العبيد كذلك بدلالة النص

قال واحصان الرجم ان يكون حرا قلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكررها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فينال به

والمرافعة الى الامام وقد يضاف الشيء الى المباشر تارة والى المصعب اخرى والظاهر هذا لانه خاطب كل الموالي بذلك وكل الموالي لا يملك كون المباشرة بالا جماع .
قوله واحصان الرجم وانما قيد بالرجم احترازا عن احصان القذف فانه غير هذا على ما يجيء ان شاء الله تعالى وفي المبسوط والاحصان الذي يتعلق به الرجم شرائط فالتقدمون يقولون شرائطه سبع العقل والبلوغ والحرية والنكاح الصحيح والدخول بالنكاح وان يكون كل واحد من الزوجين مثل الآخر في صفة الاحصان والاسلام والاصح ان يقول شرط الاحصان على الخصوص اتيان الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هي مثله فاما العقل والبلوغ فهما شرط لاهلية للعقوبة لاشترط الاحصان على الخصوص لان غيرا لمخاطب لا يكون اهلا للالتزام شيء من العقوبات والحرية شرط تكميل العقوبة لان يكون شرط الاحصان على الخصوص واما الدخول بشرطه ثبت بقوله عليه السلام والثيب بالثيب والثيب لا يكون الا بالدخول وشرطنا ان يكون ذلك بالنكاح الصحيح لان الثيب على ما عليه اصل حال آدمي من الحرية لا ينصور بحسب مشروع سوى النكاح الصحيح فكان المقصود به تغليظ الجريمة لان الرجم افشش العقوبات فيصنعي اغلظ الجنايات والجناية في الاقدام على الزنا بعد اصابته بالحلال تكون اغلظ ولهذا لا تشترط العفة من الزنا في هذا الاحصان بخلاف احصان القذف لان الزنا بعد الزنا اغلظ في الجريمة من الزنا بعد العفة .

الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزرا لصبي وحق الشرع موضوع عنه

وفي رواية فليحد ها ولان له ولاية مطلقة عليه فيملك اقامته ما وجب عليه كالامام بل الاولى لان ولايته عليه اقوى من ولاية الامام حتى ملك فيه تصرفات لا يملكها الامام الا ترى ان المولى هو الذي تزوج دون الوالي بالقرابة لان ولاية الملك فوقها وولاية القرابة فوق ولاية السلطنة لان السلطان لا ينزج الا بعد فقد القراب فلما جعلت ولاية الملك فوق ولاية القرابة دل انها فوق ولاية السلطنة ولهذا يملك عليه التعزير كما يملك الامام والحد عقوبة زاجرة كالتعزير ولنا ما روي عن العبادلة الثلاثة موقوفا ومرفوعا ربيع الى الولاية الحدود والصدقات والجمعات والفي لان الحد حق الله تعالى اذ الغرض منه اخلاء العالم عن الفساد فتكون الولاية مسنحة بالنيابة عن الله تعالى والا مام هو المنتعين في نيابة الله تعالى او نائبه فاما الولي فولايته بالملك فلا يصلح نائباً عن الله تعالى بخلاف التعزير لانه من حقوق الملك والمقصود به التشقيف والتأديب وذا سبب زيادة ماليته فيرجع نفعه اليه فكان حقاً فيكون بمسبيل منه الا ترى انه يعزرم لا يخاطب بحقوق الشرع كالصبيان وهو كالرياضة والتأديب في الدواب فانه من حقوق الملك ولهذا كان المولى مقدما على الامام وانما تثبت الولاية له بحسب الملك كالنزويج وللامام ولاية اقامة الحد شاء المولى او ابى دل انه لا تثبت له ولاية اقامته بحسب الملك وكيف تثبت به وهو غير مملوك له من ذلك الوجه لان الحدود اما تجب باعتبار معنى الادمية دون المالبية اذا الحد لا يجب على المال بحال والعبد باعتبارها مبقى على اصل الحرية حتى يصح اقراره بالحدود ولا يصح اقرار سيده عليه بها فكان سيده فيها ككائنات الا جانب كفاي طلاق زوجته وقوله اقيموا الحدود خطاب للائمة كقوله تعالى فاجلدوا فانطعوا وقائدة تخصيص المماليك ان لا يعملهم الشقة على ملكهم على الامتناع من اقامة الحد عليهم او المراد النصيب

والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر
الامة ولا الحرة العبد •

قال ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد لانه عليه الصلوة والسلام لم يجمع
ولان الجلد يعري عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو
في العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه ولا يجمع في البكرين الجلد والنفي والشاغي
رحمه الله يجمع بينهما حد لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام
ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولما قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب
رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام
الاستحياء من العشرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا

فان قيل كيف يتصور ان يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة قلنا صورته ان يكونا كافرين
فاسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام على الزوج •

قوله والحجة عليه ما ذكرناه اشارة الى قوله ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين
قوله لقلة المعارف اي لقلة من يعرفهم ويعرفونه من الاحباء والحبيبات لما ان الزنا انما ينشأ
من الصحبة والموانسة والتغريب قاطع لهذا **قوله** رجوعا الى حرف الفاء لانه يقتضي ان
يكون جزاء والجزاء انما يكون كافيا لانه من جزء بالهمز اي كفى او الى كونه كل
المذكور فيكون كل المراد اذ الموضع موضع الحاجة الى البيان فلما وجبنا معه التغريب
لكان الجلد بعض الموجب فيكون نسخا ثم قوله فيه قطع مواد البقاء فانها اذا تابعت
عن الامل والوطن اخرجها انقطاع مادة المعاش عنها الى التكسب بالزنا وفيه قطع مادة
البقاء بنضيق الماء وعلوق ولدنا يقوم احديريه وهذا قوي مما قاله لان ما ينشأ من الصحبة
والموانسة يكون مكتوما وما ينشأ من الوقاحة وخلاعة العذار يكون مشهورا وهو فحش

بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ماورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي متعذر
ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطى الحلال
والاصابة شبع بالحلال والا سلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون
الكل منزلة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجرا غلظ والشا فعي رحمه الله تعالى
بخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف رحمه الله في رواية لهما ما روي ان النبي
عليه السلام رجم يهوديين فذكرنا قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيد قوله
عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على
وجهه يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة
الكافرة او المملوكة والمجنونة والصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى
هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك تتكامل اذ الطبع ينفر عن
صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلته رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد
ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين وابو يوسف رحمه الله تعالى عليه يخالفهما في الكافرة

قوله بخلاف الشرف والعلم متصل بقوله وهذه الاشياء من جلائل النعم لما ذكر ان
تكمال الجناية بواسطة تكامل النعمة فوجب الرجم لذلك على من زنى بعد وجود هذه النعم
الجليلة ورد عليه الشرف والعلم فانهما ايضا من اجل النعم ولم يشترطا فاجاب بان الشرع
لم يرد به **قوله** والاصابة شبع بالوطى الحلال يعنى الاصابة بطريق الحلال يحصل الشبع
قوله وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي الكفروا المملوكة
والجنون والاضبا اي لا تكون المرأة محصنة وان كان النكاح والدخول
موجودين كما لا يكون الرجل محصنا اذا كانت المرأة موصوفة باحدى هذه
الصفات عند الدخول *

قال الا ان يرى في ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة
لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه العمل النبي
المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم واذا زنى المريض و حده الرجم رجم
لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وان كان حده الجلد لم يجلد
حتى يبرأ كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا الايقام القطع عند شدة الحر والبرد
واذا زنت الحامل لم تحدد حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس
محترمة وان كان حدها الجلد لم يجلد حتى تتعالى من نفاسها اي ترتفع يريد به
تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التأخير
لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يؤخر الى ان يستغني ولدها
عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان في التأخير صيانة الولد عن الضياع

بقوله الزانية والزاني الآية فاذا ثبت نسخ شرط الحديث وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب
المحدث بقوله الزانية والزاني فكذلك الشرط الثاني *

قله فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لا حد فلا يختص بالزنا بل يجوز في كل
جنايته والرأي فيه الى الامام الا ترى ان النبي عليه السلام نفى هبت المخنث ونفى عمر
رضي الله تعالى عنه نضربن الحجاج وكان غلاما صبيحا يفتن به النساء والجمال
لا يوجب النبي ولكن فعل ذلك للمصلحة فانه قال ما ذنبي يا امير المؤمنين فقال
لا ذنب لك ولما الذنب علي حيث لا اظهر دار الهجرة منك وتغريب النبي عليه السلام
والصحابه ما كان بطريق الحد بل بطريق السياسة الا ترى ان عمر رضي الله تعالى
منه ترك ذاك فانه نفى زانيا فارتد فلحق بالروم فحلف ان لا ينفي احدا بعد
ذلك فلو كان مشروعا لما حلف ان لا ينفي

وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله تعالى عنه كفى بالنفي فتنه والحديث منسوخ كشطرة وهو قوله عليه الصلوة والسلام اللب باللبب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه •

قوله وهذه الجهة مرجحة اي هذه الجهة من العلة اقوى من علة الخصم لشهادة قول علي رضي الله عنه بصحة ما قلنا **قوله** الحديث منسوخ كشطرة هو الجمع بين الجلد والرجم وليس هذا اثبات النسخ بالقياس فانه لا يجوز ولكن انتساخ احد شطريه دليل بعد منه على آية الجلد فنسخ الحديث بشطريه بآية الجلد ثم انتسخت قضية الآية في حق المسلم المحصن بحديث ما عرفت استقرت الشريعة **قوله** وقد عرف طريقه في موضعه وهو ما ذكر في حديث العرنين فان قوله عليه السلام استنز هو البول يعارضه امره عليه الصلوة والسلام للعرنيين بشرب ابوال الابل رجعنا الى التاريخ وقلنا قد قام دليل سبق حديث العرنين وهو انه تعلق به شيطان المثلة وباحة شرب البول ثم المثلة لما ثبت انها كانت في ابتداء الاسلام ثم نسخت فثبت ان اباحة الشرب صارت منسوخة بقوله استنز هو البول لانها شطرحديث العرنين فكذلك ههنا قد قام الدليل على تقدم الحديث على قوله تعالى الزانية والزاني الآية وذلك ان حكم الزنا كان في ابتداء الاسلام الحبس في البيوت والايداء باللعان بقوله تعالى فامسكوهن في البيوت وبقوله تعالى فاذهبنهم ثم نصح ذلك بالحديث وهو ما روي عن النبي عليه السلام انه خرج يوما فقال قد جعل الله تعالى لهن سهيلا خذوا عني اللب باللبب جلد مائة ورجم بالحجارة واللب باللبك جلد مائة وتغريب عام فلو كان قوله الزانية والزاني قد نزل قبل هذا الحديث يقال عليه السلام خذوا من الله فلما قال خذوا عني علم ان قوله الزانية والزاني لم يكن نزل ثم نصح

وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى يتحقق في حق من أشبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن لتحقيق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام الدليل الثاني للحرمة في ذاته ولا يتوقف على ظن المجاني واعتقاده فالحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الاولى وان سقط الحد لا مررا جمع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية ابية وامه وزوجته والمطلقة ثلثا وهي في العدة

الصبي والمجنون لا يوصف بالزنا فلم يتحقق الزنا بتمكيبها فلم يجب عليها والبالغ العاقل اذا زنى بصبية او مجنونة حددونها لتحقيق الزنا من الرجل ولا حد عليها وان مكنت من الزنا لا نها غير مخاطبة.

قوله وتسمى شبهة اشتباه اي هي شبهة في حق من اشبه عليه وليست بشبهة في حق من لم يشبه عليه حتى لو قال علمت انها علي حرام حد **قوله** وتسمى شبهة حكمية اي ناشئة عن دليل الشرع **قوله** لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا كما اذا ظن ان جارية زوجته تحمل له بناء على ان الوطي نوع استخدام والا استخدام يحل فكذا الوطي **قوله** والثانية تتحقق اي يكون شبهة في حق الكل **قوله** لاطلاق الحديث وهو قوله عليه السلام ادروا الحدود بالشبهات **قوله** جارية ابية وكذا جارية جده وان علا **قوله** والمطلقة ثلثا وهي في العدة لان بعض احكام النكاح قائم بعد الطلاق الثلث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الماخذ وثبوت النسب لو جاءت بولد ابلي متين فان قيل بين الناس اختلاف ان من طلق امرأته ثلثا هل يقع ام لا فينبغي ان يصبر ذلك شبهة في اسقاط الحد فلنا هذا خلاف

(كتاب الحد ود باب الوطى الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه)

وقد روي انه عليه السلام قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم
الحبلن تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينه كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان
الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس والله تعالى اعلم بالصواب •

باب الوطى الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطى الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطى الرجل
المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمه على الاطلاق عند
التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه الصلوة والسلام ادروا الحدود بالشبهات تم
الشبهة نوعان شبهة في الفعل

قوله وقد روي انه عليه السلام قال للغامدية ارجعي حتى يستغني ولدك
فقلت اني احاف ان اموت قبل ان احده فقال رجل انا اقوم بتربيته ولدها فامر
رسول الله عليه السلام بجرمها فدل ان الحكم هو التأخير عن هذا الزمان اذا
لم يكن لو لدها مرب كذا في مبسوط فخر الاسلام رحمه الله والله اعلم بالصواب •
باب الوطى الذي يوجب الحد

قوله وطى الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك فان قيل المرأة تحد
حد الزنا ولا يصدق الحد على فعلها وانه زنى بدليل اقامة الحد عليها وكذا الحد
فاذنها قلنا ذاك داخل بطريق التبعية بحسب التمكن طوما فلما تحقق المحدود
بتمكينها ثبت في حقها ايضا فلماذا اضيف اليها وجب الحد عليها ايضا تبعا للرجل
دل عليه انه اذا امتنع في حق الرجل بان مكنت البالغة العاقلة مبيتا او مجنونا
لا يجب عليها الحد ايضا عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله التمكن من فعله هو الزنا لان فعل

ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان امر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في إسقاط الحد وام الولد اذا اعتنقها مولاه والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار في العدة ولو قال لها انت خلية اوبرية او امرت بيدك فاحتارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت انها علي حرام لم يحد لا اختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيه فمن مذهب عمر رضي الله عنه انها تطبق رجعية وكذا الجواب في سائر الكليات

المال في الجملة سبب ملك المتعة ان لم يكن سببا في الرهن وقد انعقد له سبب الملك في حق المال فيشبه عليه انه هل يثبت بهذا القدر ملك المتعة بخلاف الاجارة لان الثابت بالاجارة ملك المنفعة ولا يتصور ان يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه ما لا يشبهه ووجه رواية كتاب الرهن انه اذا وطئ جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجنب عليه الحد اشتباه ولم يشبهه قياسا على ما لو وطئ امة اشتراها على ان البائع بالخيار وانما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه من وقت الرهن واذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك في الحال وبأخذ حقيقة الملك وقت الهلاك والجواب عن هذا ان البيع بخيار الشرط انما يقيد له الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب ملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وهما انما يملك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يقيد له سبب ملك المتعة بحال من الاحوال فكان بمنزلة ملك المنفعة كذا في الذخيرة وذكر في الايضاح واما المرهونة اذا وطئها المرتهن وقال ظننت انها تحل لي فقد ذكر في كتاب الرهن انه لا يجنب عليه الحد وذكر في كتاب الحدود الحد ولا يعتبر ظنه لان الاستيفاء من عينه لا يتصور وانما يتصور من معناه فلم يكن الوطئ حاصلا في محل الاستيفاء فلم تثبت الشبهة للفعل وصار كالغريم اذا وطئ جارية لم يثبت قوله ولا يعتبر قول المخالف فيه وهو قول الروا نص فعند الزيدية باقاع الثلث جملة نص

(كتاب الحدود ... باب الوطى الذي يوجب الحد والذي لا يوجب)

وبأنها لطلاق على مال وهي في العدة وأم ولد اعتقها مولاها وهي في العدة وجارية المولى في حق العبدو التجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود ففي هذه المواضع لا حد إذا قال ظننت أنها تحل لي ولو قال علمت أنها علي حرام وجب الحد والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطرفة طلاقاً بأنها بالكايات والتجارية المبعة في حق البائع قبل التسليم والمهورة في حق الزوج قبل القبض والمشاركة بينه وبين غيره والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وإن قال علمت أنها علي حرام ثم الشبهة عند أبي حنيفة رحمه الله ثبت بالعقد وإن كان منفقاً على تحريره وهو عالم به وعند الباقر لا ثبت إذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتى إن شاء الله تعالى إذا عرفنا هذا قال ومن طلق امرأته ثلاثاً وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بافتاء المحل وعلى ذلك الإجماع

غير معتد به حتى لا يسع للقاضي أن يقضي به ولو قضى لا ينفذ رأيت لو طئها بعد العدة أكانا سقط الحد عنه بقول من يقول لا يقع *

قوله وبأنها بالطلاق على مال وإنما قيد البيئونة بالمال لأن البيئونة إذا حصلت بدون المال فوطئها في العدة فلا حد عليه وإن قال علمت أنها علي حرام **قوله** والتجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحد ودلان الثابت له يد الاستيفاء والاستيفاء من حينها لا يتصور وإنما يتصور من مالها فلم يصارف الوطى محل الاستيفاء فلم تثبت شبهة المحل قياساً على الإجارة فإن عقد الإجارة لم يقدم ملك المتعة بحال لم يورث فيها الإجارة في المحل شبهة حكمية فعلى هذا كان ينبغي أن يجب عليه الحد اشتبهاً ولم يشبهه كما في التجارية لمسناً جرة إلا أنه لا يجب عليه الحد إذا اشتبه عليه لأنه اشتبه عليه ما يشبهه لأن ملكه

(كتاب الحدود سباب الوطى الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه) (٥٩١)

والفعل لم يدع في الظاهر لان الفعل واحد وان وطى جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحمل لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بينها وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لاحد عليه وعليه المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ لا نمان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور

قوله والفعل لم يدع في الظاهري في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان الجارية ان ادعت الحمل ولم يدع الفعل حدلان المرأة تابعة في فعل الزنا فالشبهة المنمكة في جانب التبع لا تعتبر في جانب الاصل بخلاف ما اذا ادعى الرجل الظن لانه اصل في الفعل فان قيل يشكل هذا بما اذا زنى البالغ بصبيته حيث يجب الحد على البالغ دون الصبيته مع ان الفعل هناك ايضا وحد قلنا نعم كذلك الا ان سقوط الحد عن الصبيته باعتبار عدم الاهلية للعقوبات لا باعتبار الشبهة فلذلك اختص عدم الوجوب هناك بالصبيته واما هنا عدم الوجوب على الجارية باعتبار الشبهة والشبهة اذ اتمكنت في فعل واحد من احد الجانبين يؤثر في الجانب الآخر لا محالة **قوله** وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا اي لا انبساط في المال فلم يكن الظن مستندا الى دليل فان قيل لم يجعل هذا كالسرقة يعني اذا سرق من مال اخيه واخته لا يقطع قلنا لان بعضهم هناك يدخل بيت البعض من غير استبذان وحشمة فلم يتحقق هناك الحرز والقطع دائر مع الحرز واما هنا فالحمل دائر مع الملك او العقد ولم يوجد الحل ولا شبهته فيجب الحد **قوله** ومن زفت اليه غير امرأته والمزفوفة وان كانت الشبهة فيها شبهة اشتباه لعدم الملك وشبهته الا ان الفاعل انزل الاخبار بالملك كالمحقق دفعا لضرورة الغرور ولهذا قلنا بثبوت نسبه كمن اشترى جارية فوطئها ثم استحققت فانه يعتبر الملك كالثابت في الحمل يدفع سرور الغرور كذا هنا

(كتاب الحدود باب الوطى الذي يوجب الحد والذي لا يوجب)

وكذا إذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك ولا حد على من وطى جارية بولده وولد ولده وإن قال علمت أنها علي حرام لأن الشبهة حكمية لأنها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك والأبوة قائمة في حق الجده

قال ويثبت النصب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه وإذا وطى جارية أبيه أو أمه أو زوجته قال ظنت أنها تحل لي فلا حد عليه ولا على فاذفه وإن قال علمت أنها علي حرام حد وكذا العبد إذا وطى جارية مولاة لأن بين هؤلاء انبساط في الانتفاع فظنه في الاستمتاع (محتمل فكانت شبهة اشتباه) إلا أنه زنا حقيقة فلا يحد فاذفه وكذا إذا قالت الجارية ظنت أنه يحل لي

واحدة رجعية وعند الإمامية لا يقع شيء ويؤمنون أنه قول علي رضي الله عنه فينبغي أن يصير ذلك شبهة في المحل كقول عمر رضي الله تعالى عنه في الكنايات إلا أنه قول مهجور مخالف لقول الجمهور فلا يؤثر في إيراد الشبهة في المحل فقد صح عن علي رضي الله تعالى عنه أنه يقع الثلث جملة فيكون ذلك حلًا لا اختلافاً أي قولاً بلا دليل لا اختلافاً ناشياً عن دليل فلا يعترس *

قوله وكذا إذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذاك فإن مذهب عمر رضي الله عنه في ذلك أنه تقع واحدة رجعية أيضاً وابن مسعود رضي الله عنه معه في قوله امرئ ببدك في أنه تقع واحدة رجعية إذا نوى ثلثاً **قوله** وولد ولده أي وإن كان ولده حياً وفي خزائن الفقيه أبي الليث رحمة الله تعالى عليه إذا زنى بجارية نالته والاب في الأحياء وقال علمت أنها علي حرام لا يحد ويثبت النسب **قوله** والأبوة قائمة في حق الجد في الكافي والجد كالأب لأن الشبهة نشأت من جهة الأبوة وهي قائمة لكن لا يثبت نسبته عند قيام الأبوة هذا ما خالف به في الخزائن

(كتاب الحد ود باب الوطى الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه) (٩٣)

ومن وطى اجنبية فيما دون الفرج يعزر لانه منكرك ليس فيه شيء مقدر
ومن اتى امرأة في الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط ولا حد عليه عند ابي حنيفة
رحمه الله تعالى ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع السجن وقالاهو كالزنا
فيحد وهو احد قولي الشافعي رحمه الله وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام
اقتلوا الفاعل والمنعول ويروى ما رجموا الاعلى والا سفلى ولهما انه في معنى الزنا
لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما
لقصد صفح الماء وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في وجوبه من
الاحراق بالمار وهدم الجدار والتكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير
ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اصابة الولد واشتباه الانساب وكذا هو

ومحمدو الشافعي رحمهم الله عليه الحد اذا كان عالما بذلك اي عالما بالحرمة وان قال
ظننت انها نحل لي لا يحد عندهما ايضا *

قوله ومن وطى اجنبية فيما دون الفرج كالنخيد والتبطين **قوله** ومن اتى
امرأة في الموضع المكروه فلا حد عليه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه
وفي روضة الامام الزنديسي رحمه الله تعالى الخلاف في الغلام اما لو وطى امرأة
في الموضع المكروه منها يحد **قوله** حلاف والاصح ان الكل على الخلاف نص عليه
في الزيادات ولو فعل هذا بعد او امته او منك وحته لا يحد **قوله** وقالاهو كالزنا
فيحد اي يجرمان ان كانا محصنين ويجلدان ان كانا غير محصنين **قوله** لهما انه
في معنى الزنا اي في المعنى الذي تعلق به الحد من كل وجه فيحد دلالة وهذا لان
الحد انما وجب ثم لانه قضاء الشهوة بصفح الماء في محل مشتهى على سبيل الكمال
على وجه تمحض حراما وهي مثله في هذا بل ازيد بصفح الماء هنا ابلغ لانه ينوهم ان يكون
قسط

(كتاب الحد ود باب الوطى الذي يوجب الحد والذي لا يوجب)

ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان الملك منعهم حقيقة ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد لان تطلا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه فدينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بينها وكذا اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيرها الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل ومن تزوج امرأة لا يحل له تكادها فوطئها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله لكن بوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغوكا اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحبل وهي من المحرمات ولا يبي حنيفة رحمه الله ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصودة والانثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا لانه تقاعد عن افادة حقيقة الحبل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبهه الثابت لانفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر

قوله ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف رحمه الله تعالى فان احصاه لا يمحط عنده لانه بني الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطى حلالا في الظاهر فلا يسقط احصائه ولكن نقول لما تبين الامر بخلاف الظاهر انما بقي اعتبار الظاهر في ابراث الشبهة وبالشبهة يسقط الحد ولكن لا يقام الحد كذا في المبسوط **قوله** وهذا لانه فدينام على فراشها غيرها من المحارم اي لا يصلح مجرد النوم على فراشه دليلا شرعيا فكان مقصرا فيجب الحد **قوله** فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك ولو لم يقل انا زوجتك لكن اجابته بالفعل كذا في الايضاح **قوله** وقال ابو يوسف

(كتاب الخدود باب الوطى الذي يوجب الحد والذي لا يوجب) (٥٩٥)

ومارواه محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر عنده لما بيناه
ومن وطى بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جنائية وفي وجود
الدامي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفة او فرط الشبق ولهذا
لا يجب ستره الا انه يعزر لما بيناه والذي يروى انه تذبج البهيمة وتحرق فذلك
لقطع التحدث به وليس بواجب ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي

لانه ينفي عنه هذا الاسم فيقال لا ط وما زنى واتفقت الصحابة رضي الله عنهم انها ليست
بزنا لانهم عرفوا نص الزنا واختلفوا في موجبها *

قوله ومارواه اي الشافعي رحمه الله محمول على السياسة لانه امر بالقتل المطلق
وذا يكون سياسة او على المستحل فانه يصير مرتدا فيقتل لذلك **قوله** الا انه يعزر عنده لما بيناه
وابو حنيفة رحمه الله يوجب التعزير عينا لانه ارتكب محظورا وانه ليس بزنا عنده فيجب
التعزير عينا وللإمام ان يقتله اذا اعتاد الفاعل او المفعول به ذلك **قوله** ولهذا لا يجب ستره
اي ستر فرج البهيمة وذكر البهيمة بمنزلة ذكره ولهذا اضر ولو كان في الطبع داع اليه
لوجب ستر ذلك الموضع كالقبل والدبر **قوله** الا انه يعزر لما بيناه اشارة الى قوله ارتكب
جريمة ليس فيها حد مقدر فيعزر **قوله** والذي يروى انه تذبج البهيمة روي عن علي بن
ابي طالب رضي الله عنه انه اتى برجل اتى بهيمة فامر بالبهيمة فذبحت واحرقت بالنار
وهذا ليس بواجب عندنا وتأويله انه فعل كذلك كيلا يعير الرجل بها اذا كانت
البهيمة باقية كذا في المبسوط ثم ان كانت الدابة مما لا يؤكل تذبج ثم تحرق لما روي
عن علي رضي الله عنه ولا تحرق قبل الذبح وضمن الفاعل قيمة الدابة ان كانت لغيرة
لانهما قتلت لاجله وان كانت مما يؤكل تذبج فتؤكل عند ابي حنيفة رحمه الله ولا تحرق بالنار
وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه يحرق ويضمن ان كانت لغيرة

(كتاب الحدود ... باب الوطى الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه)

اند روفوعا لا نعدام الدامي من احد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين

ذلك حرثا لولد يعبد ربه ولا ينوهم ههنا فكان تضييع الماء هنا ايبس والمحل انما يصبر
 مشتهى طبعها بالحرارة واللين وانه مثل القبل في هذا وتمحض الحرمة هنا ايبس لان
 تلك الحرمة تنكشف بكشف كالنكاح والشرع ولا كذلك هنا وله انه ليس بزنا لاختلاف
 الصحابة رضي الله عنهم في موجهة فعن ا لصديق رضي الله عنه يحرقان بالنار وعن علي
 رضي الله عنه يجلدان ان كانا غير محصنين ويرجمان ان كانا محصنين وعن ابن عباس
 رضي الله عنه ينكسان من اعلى المواضع ويتبعان بالحجارة وعن ابن الزبير رضي الله عنهما
 في اتن المواضع حتى يموتان وعن بعضهم يهدم عليهما السجدار ولا يظن بهم الاجتهاد
 في موضع النص فكان هذا اتفاقا على انها ليست بزنا ولا يمكن ايجاب حد الزنا بغير الزنا ولا يمكن
 ايجابها بالزنا بالذات لانهما قصرت عنه في المعاني الداعية الى شرع الحد فلا يوجب الحد
 وهذا لان الحدود شرعت للزجر فلا بد من وجود الداعي طبعيا ليعتد على الفعل في شرع
 الحد زجرا لا ترى ان الحد شرع في شرب الخمر دون البول وان استويا حرمة لتباينهما
 داعيا فالرغبة في الزنا من الجانبين فيكثر وقوعه فيستدعي شرع الزاجر والرغبة هنا من
 جانب الفاعل فاما صاحبه ينبوع هذا الفعل على ما عليه الجبلية السليمة فيندرو وقوعها
 فلا يستدعي شرع الزاجر وفي الزنا افساد الفراش واهلاك الولدان ولذا الزنا هالك
 حكما لعدم من يربيه دونها فتقاصرت عنه في المعاني الداعية الى شرع الزاجر فلا يلحق
 به خصوصا فيما يدرأ بالشبهات ولا يجوز زجر هذا القصور بزيادة الحرمة لان ذا يكون
 قياسا ولا مدخل له في الحدود فان قيل انما وجب حد الزنا بها لانها زنا نفى الحديث
 اذا اتى الرجل الرجل فهما زنايان ولانه فاحشة وهي فاحشة ايضا لقوله تعالى ولا تقربوا
 الزنا انه كان فاحشة وقوله تعالى اتأتون الفاحشة فكانت زنا فلما هي لبست بزنا حقيقة

(كتاب الحدود وسبابا لوطى الذي يوجب الحد الذي لا يوجبه) (٥٩٧)

يحدون كلهم وهو قوله الآخر لا يبي يوسف رحمه الله ان المستأمن ان التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحتها ولهما انه ما دخل للقرار بل الحاجة كالنجارة ونحوها فلم يصير من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به فانما يلتزم من الحكم ما يرجع حق الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم اما حد الزنا فمحض الشرع ولما حمد رحمه الله وهو الفرق ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما ذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع اما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذ انزى البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولا يبي حنيفة رحمه الله فيه ان فعل المستأمن زنا

على المستأمن شيء من الحدود الا حد القذف لان الإقامة تبثني على الولاية والولاية تبثني على الالتزام اذ لو ائتمنا عليه حكما بالالتزام لادى الى تنفذه من دارنا وقد ندبنا الى معاملة يحمله الى ذلك على الدخول في دارنا ليرى محاسن الاسلام فيسلم واما في الثاني فالاصل ان الحد متى لم يجب على المرأة اصلا او تعذر استيفاءه لم يؤثر في حق الرجل اجماعا فاما اذا لم ينعقد فعل الرجل موجبا لم يجب عليها وان كان لا مانع منها وان كان فعله موجبا ولكن بطل الحد لمعنى لا يمنع وجوب الحد عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله يمنع لان فعل الرجل اصل وفعل المرأة تبع لانه الفاعل وهي محل الفعل والمحال في حكم الشروط فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع لان الحد انما يجب عليها بالنمكين من فعل موجب للحد ومتى لم ينعقد فعله موجبا للحد فما مكنت من فعل موجب للحد فلا يحد واما الامتناع في

(كتاب الحدود باب الوطى الذي يوجب الحد والذي لا يوجهه)

ثم خرج الينا لا يقيم عليه الحد وعند الشافعي رحمه الله الحد لانه التزم بها سلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فبعرى الوجوب عن الفائدة ولا تقام بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكرة لانه تحب بده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم تفوض اليهما الاقامة واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذممة او زنى ذمي بحرية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة رح ولا يحد الحربي والحرية وهو قول محمد رحمه الله في الذمي يعني اذ ازني بحرية فلما اذ ازني الحربي بذممة لا يحدان عند محمد رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا وقال ابو يوسف رحمه الله

قوله ثم خرج الينا واقر عند الامام **قوله** ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لا تقام الحدود في دار الحرب اي لا يجب لانه بعث لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق ولان كل واحد يعرف انه لا يمكن اقامة الحدود في دار الحرب لا نقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد من عدم الاقامة عدم وجوب الحد فان قيل هذا الحديث معارض بقوله تعالى فاجلدوا ولا يقبل قلنا خص موضع الشبهة من ذلك فبعد ذلك يجوز تخصيصه بخبر الواحد **قوله** واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذممة او زنى ذمي بحرية الخ الخلاف هنا في موضعين احدهما ان الحربي المستأمن او الحربية المستأمنة اذ ازنا لم يحد عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله حدا ولثاني ان تمكن المسلمة او الذمية من المستأمن يوجب الحد عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يوجب اما الكلام في الابطال فلا اصل عند ابي يوسف رحمه الله ان كل الحدود تقام على المستأمن والمستأمنة في دارنا الاحد الحرب وندهما لا تقام

(كتاب الحدود ... باب الوطئ الذي يوجب الحد والذي لا يوجب) (٥٩٩)

على اصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون
لانهما لا مخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المأكرة بالمطوعة تحدا لمطوعة
هنده وعند محمد رحمة الله تعالى عليه لا تحد

الاداء فلا يعاقبون في احكام الدنيا مذهب العراقيين من مشايخنا ان الخطاب متناول لهم
ايضا والاداء واجب عليهم فانهم لا يعاقبون على ترك الاداء اذا لم يكن الاداء واجبا
عليهم فظا هرما تلونا يدل على انهم يعاقبون في الآخرة على الامتناع من الاداء
في الدنيا ولان الكفر رأس المعاصي فلا يصلح سببا لاستحقاق التخفيف به ومعلوم ان
سبب الوجوب متقرر في حقهم وشرط وجوب الاداء التمكن منه وذلك غير منعدم في
حقهم وصلا حية الذمة لنبوت الواجب فيها بسببه موجود في حقهم فلو سقط
الخطاب بالاداء كان ذلك تخفيفا والكفر لا يصلح سببا لذلك ولا معنى لقول
من يقول ان التمكن من الاداء على هذه الصفة لا يتحقق حتى لو ادعى لم يكن معناده
لانه متمكن من الاداء بشرط ان يقدم الايمان والخطاب به ثابت في حقه فهو نظير الجنب
والمحدث يتمكن من اداء الصلوة بشرط الطهارة وهو مطالب بذلك فيكون متمكنا من اداء
الصلوة وينوجه عليه الخطاب بادائها مع انعدام التمكن من الاداء باصراره
على الكفر وهو جان في ذلك فيجعل التمكن قائما حكما اذا كان انعدامه بسبب جنابته
الأتري ان زوال التمكن بسبب السكر لا يسقط الخطاب وكذلك انعدام التمكن
بسبب الجهل اذا كان عن تقصير منه لا يسقط الخطاب باداء العبادات فسبب الكفر اولى
ومشايخ ديارنا يقولون انهم لا مخاطبون باداء ما يحتمل السقوط من العبادات *

قوله على اصلنا اشارة الى قول بعض اصحابنا ان الكفار غير مخاطبين بالشرائع عندنا
وعند الشافعي رح مخاطبون بها بناء على ان الشرائع عنده من نفس الايمان وهم

(كتاب المحذوف باب الوطى الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه)
لانه مخاطب بالحرمان على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطباً بالشرائع

حق التبعية لا يوجب امتناعه في حق الاصل نظيرة زنى عاقل بالغ بصبيته او مجنونة فانه
يحد البالغ لكونه اصلاً وزنى صبي او مجنون ببالغة عاقلة فانها لا تحد لكونها تابعة
ولا بي حنيفة رحمه الله ان فعل المستأمن زناً بدليل انه لو ذف فاذف بعد الاسلام لا يلزمه
الحد فصارت هي زانية بالتمكين من الزنا بخلاف الصبي والمجنون فان فعلهما ليس
بزناً شرعاً حتى لو ذفهما فاذف بذاك الفعل بعد البلوغ والعقل يجب عليه الحد
وهذا لانه مخاطب بالحرمان وان لم يخاطب باداء ما يحتمل الصقوط من العبادات
الا ترى ان الذمي يلزمه الحد ولا يجب قبل الخطاب ثبت ان الكفر لا يمنع من
الخطاب بالحرمان وانما لم يرقم عليه الحد لفقد شرط الولاية وهو الالتزام بالخلل
في فعله فصار كانه زنى ثم غاب والمرأة تابعة في نفس الفعل دون حكم الفعل
الا ترى ان الرجل اذا لم يكن محصناً والمرأة محصنة يجلد الرجل ويرجم
المرأة ولا يصير ذلك شبهة في حقها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان
فلم يكن فعلهما زناً •

قوله لانه مخاطب بالحرمان على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطباً بالشرائع
اسم الحرمان يتناول المناهي نحو قوله تعالى ولا تقربوا الزنا وقوله ولا تأكلوا اموالكم
بينكم بالباطل ويتناول ترك الاوامر من نحو ترك الايمان والصلوة والصوم فان الكفار
مخاطبون بالعبادات من حيث الترك ولهذا يعاقب بترك الصلوة قال الله تعالى
ما سلككم في سقر قالوا لم نك من المصلين الآية قيل في التفسير من المسلمين المعتقدين
فرعية الصلوة وقال تعالى وويل للمشركين الذين لا يؤتون الزكاة اي لا يقرون بها
وهذا معنى قولنا ان الخطاب لثنا ولهم فيما يرجع الى العقوبة في الآخرة فاما في وجوب

(كتاب الحدود باب الوطى الذي يوجب الحد الذي لا يوجب) (٦٩١)

وان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا يحد لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق من غيره ولان الاكراه من غيره لا يدوم الا نادرا لانه من الاستعانة بالسلطان او بجماعة المسلمين ويمكن دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه ومن اقرا ربيع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني واقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك لان دعوى النكاح تحتل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث شهية واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب ملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الاختلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك

قوله وان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة رحمه الله قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فللسلطان كان في زمنه قوة وغلبة بحيث لا يتجاسر احد على اكراه غيره وفي زمانهما ظهرت القوة ايضا لكل متغلب فيحقق الاكراه من غيرا سلطان فاتفق كل منهما بما عاين وفي زماننا ظهرت القوة ايضا لكل متغلب فيفتي بقولهما **قوله** وعليه المهر في ذلك فان قيل ينبغي ان لا يجب المهر فيما اذا اقرت المرأة بالزنا لانها تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر بزعمها انه ازانة ولا عقربها قلنا اذا سقط الحد بدعوى النكاح من الرجل وجب العقر وبطل زعمها لان المهر حق الله تعالى في ابتداء النكاح بدليل وجوب المهر في المفوضة فاذا اتوهم النكاح وسقط الحد وجب العقر تعظيما لخطر المحل

(كتاب الحدود باب الوطئ الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه)

واذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى يجب الحد عليها وهورواية عن ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها جد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبها فكذا العذر من جانبها وهذا لان كلامهما مؤخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطمًا وزانيا والمرأة موطوءة ومزانيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية بمعنى المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيل الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه مؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد .

قال ومن اكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولي الحد وهو قول زفر رحمه الله لان الزنا لا يتصور من الرجل الا بعد انتشار الالة وذلك آية الطوعية ثم رجع عنه فقال لا حد عليه لان الانتشار قد يكون طبعالا طوعا كما في النائم فاورث شبهة

مخاطبون بالايمان فيخاطبون بالشرائع وعندنا الشرائع ليست من نفس الايمان وهم وان كانوا مخاطبين بالايمان فلا يخاطبون بالشرائع .

قوله وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلم يكن المرأة مزنيا بها كالمضروب والمقتول انما ينصف بهذا الوصف اذا كان الفعل الواقع عليه ضربا وقتلا وفعل الصبي والمجننون لا يكون زنا ولا يكون موصوبا بالحرمة وان كانا ممنوعين عن ذلك كيلا يتخلقا بذلك لان الحرمة انما تثبت بالنهي ولا نهى في حقهما فثبتت في حق المرأة شبهة الاباحة وان كان حراما والحد يدرا بالشبهات وان كان الرجل بالغاعاقلا ففعله يكون زنا والمرأة وان كانت مجنونة او صبية يكون مزنيا بها لو وقع فعل الزنا عليها وان لم تكن معاينة بعد ان يكون المحل صالحا لوقوع فعل الزنا فيه

ولا يمكنه ان يقيمه على نفسه لانه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اهـ ابتمكينه
او بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والاموال منها واما حد القذف فالوا المقلب فيه حق
الشرع فحكمه حكم سائر الحدود النبي هي حق الله تعالى والله تعالى اعلم بالصواب •

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

واذا شهد الشهود بحد متقدم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في
حدا لقذف خاصة وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة او شرب خمر وبنزاع
حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والاصل ان الحدود الخالصة حقالله تعالى تبطل بالتقدم

قوله ولا يمكنه ان يقيمه على نفسه لانه لا يفيد لان فائدة الاقامة الزجر والزجر
باقامة الغير لا بفعل نفسه ولا ن اقامته بطريق الخزي والكال ولا يفعل احد ذلك
بنفسه او يقول ان الشرع ما جعل من عليه تائباعنه فانعدم المستوفي فقلنا بانه لا يجب
قوله والقصاص والاموال منها اي من حقوق العباد فهذا يعلم ان اشتراط قضاء
القاضي في القصاص لتمكين الولي من استيفائه لانه شرط لا يجوز بدونه
والله تعالى اعلم بالصواب •

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قوله لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام هذا من صورة المصلحة لا من حكمها اي
شهدوا بحد متقدم ولم يكونوا بعيدا عن الامام حتى لو كانوا بعيدا عن الامام
فمنعهم عن اداء الشهادة بعدهم ثم شهدوا يقبل وان تقدم الزمان وانما اعاد لفظ
الجامع الصغير في الكتاب لزيادة ايضاح في لفظه وهي تعدد ما يوجب الحد صريحا
بالسرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة لفظ المحسن الذي استفاد منه بعض المشايخ قدرسته

لانه ضمان دم ولو كان يوجب فانهما يوجب في العين كما في هبة المسروق لاني منافع
البضع لانها استوفيت والمالك يثبت مستند افلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة وهذا
بخلاف ما اذ انني بها فاذهب عينها تجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هناك
يثبت في الجنة العمياء وهي عين فاورث شبهة *

قال وكل شيء صنعته الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به
وبالاموال لان الحد ودحق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره

قوله لانه ضمان دم وهذا لان ضمان الدم انما يجب من حيث انه آدمي لا من حيث
انه مال فلا يكون سببا للملك ولان القيمة انما تجب بعد تقرر الجناية بعد الموت وبعد الموت
لم يبق الميت قابلا للتملك ولو كان يوجب فانهما يوجب في العين لاني منافع البضع لانها
استوفيت والمالك يثبت مستند افلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة بخلاف ما اذا ذهب
عينها بالزنا حيث تجب عليها قيمتها ويسقط الحد لان الملك هناك ثبت في الجنة
العمياء وهو عين فاورث شبهة دائرة للحد اذا العين باقية فامكن ابقاء المنافع تبعالها
بخلاف ما اذا هلك فان الملك في الجارية المقتولة ضروري لبصير الضمان ضمان
معاوضة مع فوات المحل من وقت تحقق سبب الضمان فلا يظهر في المنافع المستوفاة ولان
في الجارية المقتولة بالزنا وجد الموجب للملك في الجارية وهو الضمان لا وجود للملك
فيها حقيقة لعدم تصوره فلم يثبت في الجارية المقتولة بذلك الا شبهة الملك وعند حقيقة
الملك في الجارية العمياء يثبت في المنافع المستوفاة منها شبهة الملك فعند شبهة
الملك في نفس الجارية المقتولة تنزل الشبهة في المنفعة الى شبهة الشبهة والشبهة
هي المعبرة دون النازل عنها

(كتاب الحمد ود ... باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها) (٦٠٥)

بخلاف السرقة لان الدعوى ليس بشرط للحمد لانه خالص بحق الله تعالى على مامر
وانما شرطت للمال ولان الحكم يد ارعلى كون الحمد حقاً لله تعالى فلا يعتبر وجود
التهمة في كل فرد ولان السرقة تقام على الاستمرار على غرة عن المالك فيجب على
الشاهد اعلامه و بالكتمان يصير فاسقاً آثماً ثم المتقادم كما يمنع قبول الشهادة
في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافاً لفررحمة الله تعالى عليه حتى
لو هرب بعد ما ضرب بعض الحمد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحمد

قوله بخلاف السرقة لان الدعوى ليس بشرط للحمد هذا جواب اشكال
يرد على قوله في حد القذف لان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام
الدعوى فلا يوجب تفسيقهم وهوان يقال الشهادة المتقدمة على السرقة تبطل
ولا صحة لها بلا دعوى فقال الدعوى لا تشترط للحمد لانه خالص حق الشرع
وانما شرطت للمال فكان الاشتراط فيما يرجع الى المال لا فيما يرجع الى الحمد
ولهذا لو شهد شاهدان على السرقة بدون الدعوى تقبل شهادتهما ويحبس السارق
الى ان يجي المسروق منه وانما لا يقطع لاحتمال ان يكون المسروق ملكه
فيوقف على حضور المالك فاذا لم يشهدوا في الحال صاروا متهمين وفي حد القذف
لا تقبل في حق الحبس لان فيه حق العبد وفي حقوق العباد لا تقبل في حق الحبس
كما في القصاص ولان الشهادة بسرقة متقدمة بطلت لبطلان الدعوى اذ المدعي بخير
بين ان يحتسب بدعواه اقامة الحمد فيبذل ماله في ذلك لتقام الحمد ويبطل عصمة ماله وبين
ان يختار الستر فيدعي مطلق الاخذ صيانة لماله فاذا اخرج حمل على انه اختار حسبة الستر
فاذا ادعى السرقة تمكنت التهمة في دعواه الا ان التهمة تعتبر في القطع لا في المال فيقضى
بالمال لا بالقطع كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة **قوله** ولان الحكم يدار

(كتاب الحدود ... باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

خلافًا للشافعي رحمه الله تعالى هو يعتبرها بحقوق العباد وبالأقرار الذي هو احدى
الحجج ولنا ان الشاهد مخير بين الحسنتين من اداء الشهادة والستر والتأخير ان كان
لاختيار الستر فالأقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هي مجتنة اولعداوة حركته فيتم فيها وان
كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي
نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقه خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها
بعد الاقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه
لهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار والتقدم غير مانع في حقوق العباد ولا ان الدعوى فيه
شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم .

اشهر في التقدم وزيادة اثبات الضمان في السرقه ثم ذكر في المبسوط لم اجد بشهادتهم
المشهود عليه ولا احدهم ايضا اي حد القذف في الشهادة بالزنا لان عددهم متكامل
والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع ان يكون كلاهم قذفا .

قوله خلافًا للشافعي رحمه الله هو يعتبر الشهادة في الحدود بالاقرار في ان التقدم لا يمنع
فيه وزفر رحمه الله فيه يعتبر الاقرار بالشهادة في ان التقدم يمنع من قبولها وفي المبسوط
وان افرزنا قديم اربع مرات اقيم عليه الحد عندنا وقال زفر رحمه الله لا يقيم اعتبار الحجج
الاقرار بحجة البينة فان الشهود كل ندبوا الى الستر فالمفرتكب للفاحشة ايضا مندوب الى الستر
على نفسه فال عليه السلام من اصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستره الله تعالى ولكننا
نسبدل بآخر الحديث حيث قال ومن ابدى لنا صفحته اقضا عليه حد الله تعالى وهذا
قد ابدى صفحته باقراره وان كان قد تقدم العهد والمعنى ما ذكر في الكتاب **قوله** ولنا ان
الشاهد مخير بين الحسنتين اي بين اجرين مطلوبين له يقال احتسبت بكذا اجرا عند الله
والاسم المحمبة بالكمروهي الاجرو الجمع الحسب كذا في الصحاح .

وابو حنيفة رحمه الله تعالى عليه لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد رحمه الله انه قدره بشهر لان مادونه عاجل وهوروايته عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مصيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق التهمة والتقدم في حد الشرب كذلك عند محمد رحمه الله وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه ان شاء الله تعالى واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحدون شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالضرورة يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته وامته بل هو الظاهر وان اتر بذلك حد

قوله وابو حنيفة رحمه الله تعالى عليه لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر لان نصب المقادير بالرأي لا يمكن وعن محمد رحمه الله انه قدره بالشهر وهكذا روي عن ابي يوسف رحمه الله فقال احسن ما سمعنا فيه الشهر وهذا لان الشهر وما نوقه آجل وما دونه عاجل اصله مسألة اليمين اذا حلف ليقتضين دين فلان عاجلا فنقضه فيما دون الشهر بر في يمينه **قوله** ولا معتبر بالموهوم لان الثابت عند الغيبة احتمال الدعوى وبحقيقة الدعوى تثبت الشبهة لان دعواها تحتمل الصدق والكذب وبلا احتمال تثبت شبهة الشبهة وهي غير معتبرة اذا اعتبارها يؤدي الى سد باب الحد وهو مفتوح فما يؤدي الى انسداده يكون مردودا ولان اعتبار الشبهة بالحديث بخلاف القياس ولا حديث في شبهة الشبهة فان قيل العفو اذا كان بين شريكين واحدهما غائب لا يتمكن الحاضر من استيفائه لاحتمال العفو من الغائب قلنا العفو حقيقة المسقط فاحتماله يكون شبهة المسقط لا شبهة الشبهة

(كتاب الحدود باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

لان الامضاء من القضاء في باب الحدود ودواختلفوا في حد التقادم وأشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي رحمه الله تعالى عليه

على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود النهمة في كل فرد يعني اعتبار التقادم نهمة فيما هو حق خالص لله تعالى وحكمه الشيء يراعى في جنسه ولا يراعى في كل فرد من افراد الجنس كما قلنا في السفر والاستبراء وشرعية النكاح اذ الفرد ملحق بالجملة وفي الجملة التأخير في حقوق الله تعالى مورث للنهمة وان كان في هذا الفرد غير مورث لاجل الدعوى اكن لما كان القطع عن حقوق الله تعالى يكون التأخير مانعا من القبول المحقق للفرد بالجملة *

قوله لان الامضاء من القضاء في باب الحدود لان القضاء اما ان يكون لاعلام من له الحق بحقه او لتمكينه من الاستيفاء وذلك لا يتصور في حقوق الله تعالى وكان المعتبر في حقوق الله تعالى هو النيابة في الاستيفاء وانما يتم ذلك بحقيقة الاستيفاء فكان التقادم قبل الاستيفاء كاللتقادم قبل القضاء والتقادم قبل القضاء مانع فكذلك قبل الاستيفاء وذكر في الفوائد الظهيرية والفقه فيه ان المقصود من التلفظ بلفظ القضاء اعلام المشهود له انه حقيق بالمشهود او اقداره على استيفاء ما ادعاه وفي الحدود لاسبيل الى كل واحد منهما اما الاعلام فلان المشهود له في باب الحدود هو الله تعالى قالوا فيموا الشهادة لله والله لا يخفى عليه خافية ونائبه القاضي وانه يستفيد العلم بالشهادة فلا يمس الحاجة الى التلفظ بلفظ القضاء وكذلك الاقدار على الاستيفاء فان القاضي بدون التلفظ به قادر على الاستيفاء *

في ذلك وان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة وآخران انه زنى بها بالبصرة درى
 احد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل
 واحد منهما نصاب الشهادة ولا يجد الشهود خلا فالزفر رحمة الله لشبهة الاتحاد نظرا
 الى اتحاد الصورة والمرأة وان اختلفوا في بيت واحد حدا الرجل والمرأة معناه
 ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا يجب
 لا اختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء
 الفعل في زاوية والانتها في زاوية اخرى بالاضطراب اولان الواقع في وسط البيت
 فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده

حدا القذف عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فان من قذف
 امرأة ثم اقام شاهدين انها زنت وهي مكرهة يسقط احد عن القاذف لسقوط احصانها بهذه
 الشهادة واعتبار عدد الاربعة في الشهادة على الزنا لموجب للحد وهذه شهادة على سقوط
 احصانها وسقوط الاحصان يثبت بشهادة الاحصان ولا يجد الشهود للقذف لقيام اربعتهم
 شهداء على مسمى الزنا فقات شرطه .

قوله في ذلك اي في اقامة الشهادة على اثبات الزنا بطريق الاكراه
قوله نظرا الى اتحاد الصورة اي صورة نسبة الزنا والمرأة اي واتحاد المرأة
 لان الكلام فيه فكانوا مثبتين زنا واحدا من هذا الوجه وهم اربعة وهي نصاب
 شهود الزنا فكان كلامهم شهادة من هذا الوجه ولم يكن قذفا فلا يحكون حد القذف
قوله معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية اي في غير الزاوية التي شهد بها
 الاثنان الاخران **قوله** وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن ولا يقال بان هذا احتمال
 لوجوب الحد لانقول هذا احتمال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما يمكن

لانه لا تخفى عليه امته او امرأته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران
انها طوعته درى الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وهو قول
زفر رحمة الله تعالى عليه وقال يحد الرجل خاصة لا تفاهما على الموجب وتفرد
احدهما بزيادة جنائية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق
الموجب في حقها ولم تثبت لاختلافهم وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل
واحد يقوم بهما ولان شاهدي الطوعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما
بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين

قوله لانه لا تخفى عليه امته او امرأته فان قيل قد تشبه عليه امرأته بان لم تزف اليه
فلنا الانسان كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه فلما اقربا الزنا
اشتبهت شبهة كون الموطوءة زوجته وصار معنى قوله لم اعرفها اي بوجهها ونسبها ولكن
علمت انها اجنبية فجعل هذا كالمخصوص عليه بدلالة حاله بخلاف الشاهد
لانه جازان يشهد على الغير عند الاشتباه كما جازان يشهد على الغير كاذبا فيتهم
فيها فتبطل الشهادة **قوله** اختلف المشهود عليه اي المشهود به وبيان اختلاف المشهود به
ان احدا الفريقين اثبت فعل المكره والفريق الاخر اثبت فعل غير المكره ولا شك
بان فعل المكره يغاير فعل غير المكره او اثبت احدا الفريقين كل الفعل من الرجل
لانه لا فعل للمكره حقيقة اذ هي محل الفعل وكذا حكما لانه لا يتم والفريق الاخر اثبت
الشركة بينهما في الفعل ولا شك بان الفعل المشترك غير ما تفرد به الرجل وهذا لان
الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفا في جانبه ضرورة وليس
على احدهما نصاب الشهادة **قوله** ولان شاهدي الطوعية صارا قاذفين لها بالزنا فكانا
خصمين في اثبات ذلك الزنا لدفع جنائيه القذف عن انفسهما ولا شهادة للخصم وانما يسقط

واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هنداري احد عنهم جميعا اما عنهما فلانا نيقنا
 بكذب احد الفريقين من غير عين واما عن الشهود فلا احتمال صدق كل فريق وان شهدا ربعة
 على امرأة بالزنا وهي بكر دري احد عنهما وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة
 ومعنى المسئلة ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد
 وليس بحجة في ايجابه فلها سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم وان شهدا ربعة على رجل
 بالزنا وهم عريان او محدود دين في قذف او احدهم عبدا او محدود في قذف فانهم يحدون
 ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم اهل المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا
 من اهل اداء الشهادة والعبد ليس باهل للتحمل والاداء فلم تثبت شبهة الزنا لان الزنا
 يثبت بالاداء وان شهدوا بذلك وهم فاسق او ظهر انهم فاسق لم يحدوا لان الفاسق من
 اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور لثمة الفسق وهذا لو قضى القاضي
 بشهادته ينفذ عندنا تثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لثمة
 الفسق تثبت شبهة عدم الزنا فلها لا يمتنع الحدان وسيأتي فيه خلاف الشافعي
 رحمة الله تعالى عليه بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة فهو كالعبد عنده

قوله واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هنداري في يوم واحد
قوله دري احد عنهم اي عن المشهود عليهما وعنهم اي عن الشهود
قوله والعبد ليس باهل للتحمل والاداء اي ليس باهل لتحمل يتعلق به حكم
 ولهذا لا ينعقد النكاح بحضرة عبيدين اما لو تحمل العبد الشهادة ثم عتق فادى
 قبل شهادته **قوله** لان الزنا يثبت بالاداء اي يظهر عند الامام بادل الشهود الشهادة
 والاداء للعبد والمعيان والمحدودين في القذف لا كاملا ولا ناقصا فان قلت شهادتهم
 قذفا لانهم نصبوها الى الزنا ولم يكن نصبهما الى الزنا شهادة فكان قذفا ضرورة

(كتاب الحدود وسباب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

وان شهد اربعة انه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس

واذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب السدد اذا كان البيت صغيرا فاما اذا كان كبيرا فهو بمنزلة الدارين والمصريين ولان التوفيق في باب الحدود مشروع الا ترى انه لو شهد اربعة على رجل انه زنى بغلانة فهذه الشهادة مقبولة وتحمل شهادة كل واحد منهم بزنا يشهد به صاحبه وان لم ينصوني شهادتهم على هذا الاتحاد مع ان احتمال الاختلاف ثابت بان كان الزنا اربع مرات وشهد كل واحد منهم على زناه بها بزنا على حدة ونفي ذلك لا يجب الحد على المشهود به فان قيل الاختلاف في تلك المسئلة مسكوت عنه والاختلاف فيما نحن فيه منصوص عليه فمجاوزا لتوفيق هناك لا يلزم جوازه ههنا قلنا التوفيق مشروع فيما كان الاختلاف منصوصا عليه ايضا الا ترى انه لو شهد الاثنان انه زنى بامرأة بيضاء وشهد الاثنان انه زنى بامرأة سمراء تقبل الشهادة وكذلك اذا شهد اثنان انه زنى بها وعليها ثوب احمر وشهد اثنان انه زنى بها وعليها ثوب اصفر وكذلك اذا اختلفوا في القصر والطول والسمن والهنال فان قيل التوفيق ممكن في مسئلة الاكراه والطواعية بان يكون ابتداء الفعل عن اكراه وانتهائه عن طواعية فلم لا يحمل على هذا احتياالا لقبول الشهادة قلنا الزنا حقيقة وحكما لا يتفاوت بين ان يكون في هذه الزاوية من البيت او في تلك الزاوية فيصير الى التوفيق لاتحاد المشهود به حقيقة وحكما اما المشهود به في مسئلة الاكراه فمختلف حقيقة وحكما على ما مر فلا يصار الى التوفيق *

قوله بالنخيلة عند طلوع الشمس النخيلة تصغير النخلة التي هي واحدة النخل موضع قريب من الكوفة فالباء والجمع تصحيف يعني بجيلة لانها يوم حي من اليمن ودير هند لا يساعد عليه لان دير هند ايضا موضع قريب من الكوفة وما ضم الباء فتحريف اصلا كذا في المغرب *

وصار كالرجم والقصاص ولأبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه أن الواجب هو أحد وهو ضرب مؤلم غير جارج ولا مهلك فلا يقع جارجا ظاهرا إلا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقصر عليه إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الإقامة مخافة الغرامة وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد

على من وقع له القضاء والقضاء وقع للعامة لأن الحدود شرعت زواجر لينزجرا لعوام عن ارتكاب مثل هذه القاذورات فإن كانت المنفعة تعود إليهم يكون الغرم عليهم ومال بيت المال مال العامة ولأبي حنيفة رحمه الله أن الجرح ليس من موجبات الشهادة لأن الجرح غير لازم للضرب وكذا الموت والضرب هو المأمور به لا الجرح ولا القتل لكن الجرح إنما اقضى إليه الشهادة وما اقضى إليه الشهادة لا ضمان فيه كما إذا شهدوا بسب فمات المشهود عليه فورثه المشهود له ثم رجع الشهود لم يضمنوا ما ورث لأن الإرث ليس من موجبات الشهادة فيكون الجرح والموت مقصورا على الضارب لا يتعدى إلى الشاهد ومع ذلك لا يضمن الضارب في الصحيح كيلا تتعطل إقامة الحد بخلاف الرجم والقصاص لأنه يضاف إلى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال ما ذكرنا أنه لم يظهر كذبهم في الشهادة *

قوله وصار كالرجم والقصاص فإنه لو شهد الشهود فرجم أو قتل ثم رجعوا يضمنون الدية وأما إذا ظهروا جدهم عبدا ففي القصاص والرجم تجب الدية في بيت المال **قوله** إلا أنه لا يجب الضمان عليه في الصحيح ذكر في مبسوط فخر الإسلام رحمة الله تعالى عليه فلو قال قائل يجب الضمان على الجلاذ فله وجه لأنه ليس بمأمور بهذا الوجه لأنه أمر بضرب مؤلم لا جارج ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد الضرب على هذه الوجوه فقد وقع فعله تعديا فيجب عليه الضمان

وان يقض عدد الشهود من اربعة حد والا نهم قذفة اذ لاحصة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرِب بشهادتهم ثم وجدا حدهم عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون لا نهم قذفة اذ الشهود ثلثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب وان رجم فدينه على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ارش الضرب ايضا على بيت المال قال رضي الله تعالى عنه معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذ مات من الضرب وعلى هذا ان يرجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذا الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجرح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجراد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم

وذكر الامام قاضي خان رحمه الله تعالى عليه والكلام يبتني على معرفة الشهود فنقول الشهود ثلثة شاهد له اهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له اهلية الاداء ولكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له اهلية التحمل وليس له اهلية الاداء كالاعمى والمحدود في القذف.

قوله وعندهما يضمنون اي ارش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات **قوله** يضمنون بالرجوع لانه ظهر كذبهم في شهادتهم فاما اذا وجدوا واحدا عبدا او كافرا او محدودا في قذف فلا يمكن ايجاب الضمان على الشاهد لانه لم تبين كذبه لان العبد والكافرا لمحدود في القذف قد يكونون عدولا في قولهم وعند عدم وجوب الضمان عليهم يجب الضمان على بيت المال لان الضرب انما يثبت بشهادتهم والشهادة انما يثبت بقضاء القاضي لانه لا يمكن ايجاب الضمان على القاضي ايضا لانه يعمل لله تعالى فيكون الضمان به

لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يمتني عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث شبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه فان لم يحد المشهود عليه حتى يرجع واحد منهم يحدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد رحمه الله تعالى حد الراجع خاصة لان الشهادة تأكدت بالقضاء فلا تنفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء

في المال بغسقهم ثم قدم الاصول وشهدوا تقبل شهادتهم قلنا القاضي انما رد شهادة الفروع في المال بغسقهم حقيقة لانهم الذين شهدوا الا انه تمكن شبهة الرد في شهادة الاصول لتعليم شهادة الفروع فصار الثابت في حق الاصول شبهة الرد والشبهة تمنع القضاء بالحدود دون المال وذكر الامام التمر تاشي رحمه الله ولورد الفروع في المال لنهمة تقبل شهادة الاصول لانه ما رد شهادتهم حقيقة ولوردوا لنهمة الاولين لم تقبل ابدان الاولين ولا من الفروع ولوردوا لرق الاولين او لكفرهم ثم اعتقوا واسلمو فشهدوا بذلك جاز * **قوله** لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت لان حد القذف لا يورث **قوله** ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان بالرجوع تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت كمن قال لا مرأتها ان دخلت المدارفانت طالق عند الدخول يصير ذلك الكلام طلاقا الا ان تبين انه كان طلاقا لان صيرورته طلاقا باعتبار وصوله الى المحل مقصور على المحال فاذا ثبت انه انما يصير كلامه في المحال قذفا ولم يذوف في المحال ميت ومن قذف ميتا يلزمه الحد فان قبل هو في المحال مرجوم بحكم الحاكم حتى لو قذفه قاذف لا يحد فكيف يحد هذا الراجع قلنا هو مرجوم بحكم

لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها فان جاء الاولون فشهدوا على المعينة في ذلك المكان لم تحدا ايضا معناه شهد واعلى ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم فدردت من وجه برد شهادة الفرع في عين هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم بالامروا لتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لا يجابه واذا شهد اربعة رجل بالزنى فرجم فكلما رجع واحد حذر الرجوع وحده وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق فيكون التألف بشهادة الرجوع ربع الحق وقال الشافعي رحمه الله يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنينه في الديات ان شاء الله تعالى واما الحد فمذهب علمائنا الثلثة رحمهم الله تعالى وقال زفر رحمة الله تعالى عليه لا يحد

قوله لما فيها من زيادة الشبهة لتمكنها في موضعين في تحميل الاصول وفي فعل الفروع والكلام اذا تداولته الالسنه يمكن فيها زيادة ونقصان **قوله** ولا ضرورة الى تحملها لانه يمكن ان يحضر الاصول فيشهدوا **قوله** اذ هم قائمون مقامهم اي المفروع قائمون مقام الاصول فكان الرد لشهادة الفروع رد الشهادة الاصول وذلك لان في الموضع الذي تقبل شهادة الفروع تقبل شهادة الاصول ايضا ففي الموضع الذي يريد تنعدي رده الى شهادة الاصول من وجه وذلك شبهة وكل شهادة ردت في حادثة لا تقبل في تلك الحادثة ابدأ كالغليق اذا ردت شهادته لفسقه لا تقبل شهادته في تلك الحادثة بعد التوبة بخلاف العبد اذا ردت شهادته ثم عتق تقبل شهادته في تلك الحادثة لانه ليس للعبد شهادة بل له خبر ورده الخبر لا يوجب رد الشهادة فاما الفاسق فله شهادة بدليل انه بعد الرجم لو ظهر الشهود فسقه لا ضمان على احد ولو ظهر انهم عبيد او كفار تجب الدية على بيت المال فان قيل القاضي اذ رد شهادة الفروع

(كتاب الحدود ... باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها) (٦١٧)

وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا
فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا على احصائه وله ان الشهادة
انما تصير حجة وعاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف
الحكم اليها بخلاف شهود الا حصان لانه محض الشرط ولا فرق بينهما اذا شهدوا
بلفظ الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالوا هم عدول وظهروا
عبدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم
شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قد فوا حيا وقدمات فلا يورث عنه واذا شهد اربعة
على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجدوا لشهود عبدا
فعلى القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق

اشارة الى قوله ولنا ان الشهادة انما تنقلب قد فانا بالرجوع فان قيل اما الاول حين
رجع لم يجب عليه الحد ولا ضمان فلولزمه ذلك انما يلزمه برجوع الثاني ورجوع
غيره لا يكون ملزما اياه شيئا قلنا لم يجب لالانعدام السبب بل لمانع وهو بقاء حجة
تامة فاذا زال المانع برجوع الثاني وجب الحد على الاول بالسبب المقرر
في حقه لا بزوال المانع •

قوله وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم وليس المراد بقوله وقيل اشارة الى القولين
لكن المراد به بيان محل الخلاف **قوله** فكانت التزكية في معنى علة العلة وهذا لان
التلف حصل بالقضاء والقضاء بالشهادة لانهم ائتمروا بالقاضي القضاء والشهادة انما تعمل
بالعدالة وهي تثبت بالتزكية فكانت التزكية كعلة العلة للتلف وهي كالعلة في اضافة الحكم
اليها كما في الرمي وسوق الدابة وهنا تعذر ايجاب الضمان على الشهود لان كلامهم

ولهما ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر رحمه الله بحد الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل واما يصير شهادة با اتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون فان كانوا خمسة فرجع احدهم لاشي عليهم لانه بقي من يبقى بشهادتهم كل الحق وهو شهادة الاربعة فان رجع الاخر حدوا وغرم اربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي على ما عرف وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكو افرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة رح معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد رح بيت المال

الحاكم لشهادتهم وهو يزعم بالرجوع ان شهادتهم ليست بحجة فانفسخ الحكم في حقه لان زعمه معتبر في حقه فلا يصلح شبهة بخلاف ناذف آخر لان المرجوم غير محصن في حق غير الراجع لبقاء القضاء والشهادة في حقه اذ الرجوع عامل في حقه لافي حق غيره فان قيل اكثر ما فيه انه مقرب بانه كان عفيفا او قذفه انسان ثم كذب نفسه وقيل كان عفيفا لا يقيم عليه الحد ايضا قلنا نعم القاذف وان اكدب نفسه فالحجة المسقطة للاحصان بقيت كاملة فاما اذا رجع واحد من الشهود لا تبقى الحجة المسقطة للاحصان كاملة في حقه فلم هذا يقيم عليه الحد . **قوله** ولهما ان الامضاء من القضاء وقد ذكرنا وجهه في هذا الباب في مسألة التقادم وذكر الامام الثمري ان شي رح ولهما ان القضاء في الحدود هو الامضاء فان القاضي لا يحتاج ان يقول قضيت بالرجم او بالجلد حتى ان اسباب الجرح او سقوط احصان المقدوف او عزل القاضي لو اعرضت يمنع الامضاء فصار الرجوع قبل الامضاء كالرجوع قبل القضاء **قوله** فان كانوا خمسة عطف على قوله واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم **قوله** اما الحد فلما ذكرنا

ولو باشر بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب
عنقه لانه لم يأتمر امره واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعددنا النظر قبلت
شهادتهم لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقبالة واذا شهد
اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر
الدخول بعد وجود سائر اشرا ئط لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه
ولهذا وطلقها يعقب الرجعة

دية وجبت بنفس القتل ابتداء لا معنى يحدث من بعد يجب في ثلث سنين بقضية
عمر رضي الله عنه ولهذا لو قتل ابنه عمدا تجب الدية في ماله في ثلث سنين بخلاف
بدل الصلح عن القصاص فانه يجب حالا لانه ما وجب بنفس القتل •

قوله ولو باشره بنفسه اي لو باشر الامام الرجم بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا
وهو قوله قبل هذا بورق في هذا الباب لانه ينتقل فعل الجلاء الى القاضي وهو عامل
للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم **قوله** لانه لم يأتمر امره لانه امره بالرجم دون جزاء الرقة
فلم ينتقل فعله اليه **قوله** وقالوا تعددنا النظر اي الى موضع الزنا من الزانيين **قوله** لانه يباح
لهم النظر ضرورة تحمل الشهادة لان تحمل الشهادة مأموره قال الله تعالى واتيموا
الشهادة لله واقامتها لا تتحقق بدون النظر اليه عمدا اذ لا يصح التكليف مع الستر ولكن
مع هذا الامر يجوز اختيار جانب الستر في الحد ودل ذلك قيل بالاباحة دون الوجوب
وفي الجامع الصغير لشمس الائمة رحمه الله قال بعض العلماء لا تقبل شهادتهم لاقرارهم
بالفسق على انفسهم بالنظر الى عورة الغير تصدوا كذا نقول النظر الى العورة عند الحاجة
يجوز شرعا فان الاختان ينظروا لقابلة تنظروا النساء ينظرون لمعرفة البكارة وبالشهود
حاجة الى ذلك لانهم مالم يروا كما لرشاء في البئر والميل في الملكة لا يسعهم ان يشهدوا

(كتاب الحدود باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهر اوقت القتل فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل
القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما
اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم وتجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد
وتجب في ثلث سنين لانه وجب بنفس القتل وان رجم ثم وجد واعيد افا لدية
على بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه

لم يقع شهادة ليضاف الحكم اليها ولان العبد قد يكون عدلا والمجوس قد يكونون صدقة
ولم يعرف منهم الكذب فيضاف الى التزكية بخلاف شهود الاحصان لانه عبارة عن الخصال
الحميدة وهي لا تصلح سببا للعقوبة ولا علة الاترى ان الشهادة على الزنا بدون الاحصان
توجب العقوبة فشهود الاحصان ما جعلوا غيرا لموجب موجبا اما الشهادة بدون
التزكية لا يوجب شيئا وسبب الاتلاف الشهادة وانما صارت حجة بالتزكية فكانت
التزكية علة العلة وقوله الاحصان محض الشرط لعله اراد به العلامة لما عرف في اصول
الفقه ان الاحصان علامة لان الشرط ما يوجد العلة بصورتها ويتوقف انعقادها على
وجوده كدخول الدار في تعليق الطلاق والعناق به ولا يتوقف الزنا في انعقاده على لوجوب
الرجم على الاحصان بعد ذلك فلا يكون شرطا ولكن الاحصان عبارة عن حالة في الزاني
يصير الزنا في تلك الحالة موجبا للرجم والحكم غير مضاف الى الحال ثبوته ولا وجودا
عنده فنكون علامة محضة لوجوب الرجم عند وجود الزنا

قوله وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهر اوقت القتل فاورث شبهة فان صورة القضاء
يكفى لا يراى الشبهة لانه لو كان حقا كان مباحا للدم فصورته يمكن شبهة كالنكاح الفاسد
يجعل شبهة في اسقاط الحد ولهذا لا يوجب القصاص على الوابي اذا جاء المشهود بقتله حيا
قوله على دليل مبيح وهو نضاء الغاصي **قوله** لانه وجب بنفس القتل الاصل ان كل

بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه
ينكره المسلم او يتضرر به المسلم فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا
خلافا لفررحمة الله وهو فرع ماتقدم والله تعالى اعلم بالصواب •

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجودة او جاؤا به سكران فشهد الشهود
عليه بذلك فعليه الحد وكذلك اذا اقروا ريحها موجودة لان جنائية الشرب قد ظهرت ولم يتقدم
العهد والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه
فان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحم وقال محمد رحم يحد

قوله بخلاف ما ذكر اي زفررحمة الله تعالى اي ليس هذا نظير شهادة الذميين
بالعتق لانها لا تقوم على وجه يتضرر به المسلم او نقول العتق لم يثبت بشهادتهما وانما
لا يثبت سبق التاريخ لان هذا تاريخ ينكره المسلم وما ينكره المسلم لا يثبت بشهادة
اهل الذمة فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولاً بجواز شهادة الكافر على المسلم
وتحقيقه ان الخصوص هناك في المشهود عليه فان شهادة النساء في غير الحدود
والقصاص تقبل فلما لم يكن المشهود به ههنا سببا موجبا للمعقوبة قبلت شهادتهن فيه
قوله وهو فرع ماتقدم ان الاحصان شرط في معنى العلة فشهوده بمنزلة شهود العلة
فيضمنون اذا رجعوا وعندنا في معنى الشرط وشهود الشرط لا يضمنون عند الرجوع
فكيف اذا كان الشرط بمعنى العلامة والله اعلم بالصواب •

باب حد الشرب

قوله او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك اي بالسكر من الخمر وغيرها من الاشربة المحرمة

والاحصان يثبت بمثله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالا حصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزر فرو الشافعي رح فاشا فعي مر على اصله ان شهادة تهن غير مقبولة في غير الاموال وزفر رح يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية تغلظ عنده فيضاف للحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زني عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة عن الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما اذا شهد وابه في غير هذه الحالة

قوله والاحصان يثبت بمثله اي بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهة الا ترى انه يثبت بشهادة رجل وامرأتين فذلك ههنا يثبت الدخول الذي هو من شروط الاحصان بالحكم بثبات النسب **قوله** فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زني عبده المسلم يعني ان الزاني لو كان مملوكا لذمي وذلك المملوك الزاني مسلم فشهد على الزاني ذميان ان مولاه الذمي كان اعتقه قبل الزنا لم يرجم مع ان شهادة اهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة ولكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة اهل الذمة فهذا مثله **قوله** ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحه وهي مانعة عن الزنا لما مر فاستحال ان يكون سببا لوجوب عقوبة لان سببها جناية لا محالة وليس بشرط فضلا عن ان يكون في معنى العلة لان الشرط ما يتوقف الحكم على وجوده بعد السبب ولا يتوقف وجوب الرجم على وجود احصان ثبت بعد الزنا فانه لا يرجم وان صار محصنا بعد الزنا ولكنه اذا ثبت كان معرفا للحكم الزنا فاما ان يوجد الزنا بصورته ويتوقف انعقاد علة على احصان بعده فلا وما للمعرف حكم العلة بوجهه وصار كما اذا شهد وابه في غير هذه الحالة

وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه فيه فان وجدتم رائحة
 الخمر فاجلدوه ولا ن قيام الاثر من اقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير
 بالزمان عند تعذرا اعتباره والتميز بين الروايتين ممكن للمستدل وانما يشبهه على الجهال
 واما الاقرار بالتقادم لا يبطله عند محمد رحمه الله كما في حد الزنا على ما مرتقيره
 وعندهما الايقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة
 رضي الله عنهم ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا
 فان اخذه الشهود وريحها توجد منه او هو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام
 فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا
 والشاهد لا ينهم به في مثله ومن سكر من البهذ حد لما روي ان عمر رضي الله عنه اقام
 الحد على اعرابي سكر من التبيذ ونبين الكلام في حد السكر ومقدار حده
 المستحق عليه ان شاء الله تعالى ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر وتقياها

قوله وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه هو انه جاء رجل يقال
 له هزال بابن اخ له الى ابن مسعود وقال انه شرب الخمر واقربه ابن اخيه فقال له ابن مسعود
 رضي الله عنه بئس و الى اليتيم انت لا ادينته صغيرا ولا سترت عليه كبرائتم قال خذوه وتلثوه
 ومزموه ثم استنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه فان قيل هذا استدلال بنفي الحكم عند
 عدم الشرط والتعليق بالشرط لا يوجب عدم عدم الغم على اصلنا قلنا لا بل هذا استدلال بعدم
 الاجماع لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم والاجماع الا برأي ابن مسعود
 رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة فعند عدمها لا اجماع فلا يحد فان قيل ان لم يوجد
 الاجماع فقد وجد النص وهو قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه بلا قيد اشتراط الرائحة
 قلنا خص منه الشرب اضطرارا او اكراها فتمكنت فيه الشبهة فلا يصح الجواب **قوله** ومن سكر

وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ربحها عند ابي حنيفة وا بي يوسف
 رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمة الله تعالى عليه لحد بالنقاد م يمنع قبول
 الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان
 التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل (شعر)
 يقولون لي انك شربت مدامة
 فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا

قوله وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب را ثبتها عند ابي حنيفة وا بي يوسف
 رحمهما الله تعالى اي لا بحد ايضا عندهما يشترط لرائحة في الشهادة والاقرار غير ان الرائحة
 تشترط عند تحمل الشهادة حتى لو كان موجودا عند الاخذ وانقطع قبل ان ينتهوا به
 الى الامام حذفي قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم
 في مثله **قوله** غير انه مقدر بالزمان عنده وهو الاشهر **قوله** والرائحة قد تكون من
 غيره فان من اسكنرا كل السفرجل توجد منه رائحة الخمر كما قيل (شعر)

يقولون لي انك شربت مدامة

فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا

وقيل (شعر)

سفرجلة تحكي ثدي النواهد

بها عرف ذي فسق وصفرة زاهد

يقال استنكحت الشارب ونكته تشمت نكته اي ريح فمه ونكه الشارب
 في وجهي ايضا اذا تنفس يتعدى ولا يتعدى وهو من باب منع

لانه لم يرد به نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا وان كان
عبد افحده اربعون لان الرق منصف على ما عرف ومن اقرب شرب الخمر او السكر
ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت
بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير
الاختلاف في السرقة وسنبنها هنا ك ان شاء الله ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال

على ذلك فصار ذلك اجما عا فان قيل استدلال علي رضي الله عنه يتأتى في حد السكر
اما في الخمر كيف يستدل به والحد لم يتعلق بالسكر منه قلنا في الخمر يد عوقيله الى
كثيرة فكان سببا للسكر غالبا وقيل ما من طعام وشراب الا ولذته في الابتداء تزيد
على لذته في الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاكثر ومنها ولهذا يزداد حرصه
على شربها اذا اصاب منها شيئا

قوله لانه لم يرد به نص اي نص قاطع **قوله** انا اظهرنا التخفيف مرة اي من حيث
العدد لم نجعله مائة كما في حد الزنا مع ان الاحاق به اولى لان دليلا كل واحد
منهما قطعي فلا يعتبر ثانيا اي فلا يخفف ثانيا من حيث الصفة بترك النجس بدل مجرد
قوله ومن اقرب شرب الخمر او السكر في النهاية بفتحين عصيرا لربط اذا اشتد
هو في الاصل مصدر سكر من الشرب سكر او سكر وفي المستصفي في قوله
ومن اقرب شرب الخمر او السكر بفتحين هو اسماع وهو عصير الربط اذا اشتد ولم يرد
به هذا الخاص بل المراد به سائر المسكرات التي توجب الحد سوى الخمر
وانما خصه لانه الغالب في بلادهم وجاز ان يراد به السكر وعلى التقديرين لا بد من الاقرار
فان بمجرد الاقرار بالسكر لا يجب الحد ما لم يقل انه سكر من الاشربة المحرمة وكذا
بمجرد الاقرار بشرب السكر لا يجب الحد ما لم يوجد السكر

لان الرائحة محتملة وكذا الشرب فديقع عن اكره واضطرار فلا يحد السكران حتى يعلم
انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك
وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيله لمقصود
الا نزجار وحد الخمر والسكر في المحرثا نون سوطلا لجامع الصحابة رضي الله تعالى عنهم
يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد
رحمة الله تعالى عليه انه لا يجرد اظهار التخفيف

من النبيذ الذي غلا واشتد فاسم النبيذ يقع على نبيذ التمر والزبيب فما دام حلوا
يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم واذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه مادام حلوا
واذا غلا واشتد وقذف بالزبد على قول ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقول ابي يوسف
رحمه الله الآخر يحل شربه مادون السكر وعند محمد والشافعي رحمهما الله لا يحل .
قوله لان الرائحة محتملة فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله ان التمييز بين
الروايح ممكن للمستدل قلنا التمييز ممكن لمن هابن الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه
او نقول الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه
الاستقصاء **قوله** لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج وفي الجامع الصغير للامام
المحبوبي رحمه الله وعن ابي حنيفة رح من زال عقله بالبنج ان علم انه بنج حين اكل
يقع طاقه وعقابه وان لم يعلم لا يقع **قوله** وحد الخمر والسكر ابي من هب الخمر فان وجوب
الحد في الخمر غير موقوف الى وجود السكر بل يجب الحد بشرب قطرة منها كذا ذكره
الامام النمر تاشي رحمه الله **قوله** لاجماع الصحابة رضي الله عنهم روي ان الصحابة
تشاوروا في حد الخمر فقال كل واحد منهم ما بداه فقال علي رضي الله عنه اذا سكر هذي
واذا هذي اتري وحد المقتربين في كتاب الله تعالى ثمانون سوطلا فاستحسنوا وتفقوا

وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشايخ ربح
وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درء الحدود ونهاية السكران يغلب السرور على العقل
فيسلبه التمييز بين شيء وشيء ومادون ذلك لا يعري عن شبهة الصحو والمعتبر في القدرح
المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالا جماع اخذا بالا احتياط والشافعي رحمه الله يعتبر ظهور
اثره في مشيته وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران باقراره
على نفسه لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتمل لدرئه لانه خالص حق الله تعالى
بخلاف حد القذف لان فيه حق المعد والسكران فيه كالصاحب عقوبة عليه

عند بعض الاثمة والقراء فنجعل الامير وجعل يضرب الشرطي ويقول امرتك
ان تأتيني بسكران فاتيتني بمقري بلخه
قوله وقالوا هو الذي يهذي ويختلط كلامه اي يكون غالب كلامه
الذهيان **قوله** ومادون ذلك لا يعري عن شبهة الصحو يعني انه اذا كان
يميز بين الاشياء عرفنا انه مستعمل لعقله مع ما به من السرور فلا يكون ذلك
نهاية السكر وفي النقصان شبهة العدم والحد وتدريء بالشبهات **قوله** والمعتبر
في القدرح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالا جماع وهو قوله هو الذي يهذي ويختلط
كلامه اخذا بالا احتياط لانه لما اعتقد حرمة القدرح الذي يلزم منه الذهيان واختلاط
الكلام يمتنع عنه فلما امتنع عنه وهو الادنى في حد السكران ممتنع من
الاعلى فيه وهو ما قاله ابو حنيفة رحمه الله في حدة **قوله** وهذا مما يتفاوت اي ظهور
الاثر في المشية مما يختلف فان السكران ربما لا يتمايل في مشيته والصاحي ربما يزلقه يغتر
فيري التمايل منه فلم ينهض ظهور الاثر دليلا على السكر **قوله** ولا يحد السكران باقراره
على نفسه اي في الحدود الناجمة عنه تعالى مثل الزنا وشرب الخمر والمزنا في الحد

لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحده هو الذي لا يعقل منطقاً
لا قليلاً ولا كثيراً ولا يعقل الرجل من المرأة وقال رضي الله عنه هذا عند أبي حنيفة رحمه الله

قوله لان فيها شبهة البدلية لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان الى قوله تعالى ان
تضل احدهما فتدكر احدهما الاخرى وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية لان
استشهاد النساء في الموضع الذي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد
الرجال بخلاف سائر الابدال ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم **قوله** والسكران
الذي يحدهاي السكران الذي كبر شرب غير الخمر من الاشربة المحرمة فان في
شرب الخمر لا يتوقف وجوب الحد على وجود السكر ثم قوله والسكران الذي يحده الى
قوله قال رضي الله عنه انما خص المصنف رحبان هذا قول أبي حنيفة رحمه الله لان الذي ذكره
من قوله والسكران الذي يحده الى هذا لفظ الجامع الصغير من غير ذكر الخلاف فبين المصنف
رحمة الله بهذان هذا قول أبي حنيفة رحمه الله لا قول الكل وذكر في الفوائد الظهيرية قال
ابو حنيفة رحمه الله السكران هو الذي لا يعقل منطقاً لا قليلاً ولا كثيراً ولا يعقل الرجال
من النساء ولا الارض من السماء والغرو من القباء وعندهما ان يهذي ويختلط كلامه
ويتمايل في مشيته وعن ابن الوليد سألت ابا يوسف رحمه الله عن السكران الذي يجب
عليه الحد قال ان يستقرأ فل يا ايها الكافرون ولا يقدر عليه فقلت كيف عينت هذه
الصورة وربما اخطأ فيه الصاحي قال لان تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يمتنع
قراءتها وحكي ان ائمة بلخ اتفقوا على استقرأ هذه السورة ثم ان بعض الشرط اتى بسكران
امير البلخ فامر الامير ان يقرأ هذه السورة فقال له السكران اقرأ انت سورة الفاتحة
اولاً فلما قال الامير الحمد لله فقال له السكران ففدا خطأت من وجهين احدهما انك
تركت التفوذ عند افتتاح القراءة والثاني انك تركت التسمية وهي آية من اول الفاتحة

باب حد القذف

واذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده
الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال
فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمرا د الرمي بالزنا بالا جماع وفي النص اشارة اليه
وهو اشتراط اربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا وتشترب مطالبة المقذوف لان فيه حقه
من حيث دفع العار واحسان المقذوف لما قلونا *
قال يفرق على اعضاءه لما مر في حد الزنا

باب حد القذف

قوله واذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا ذكر الرجل ليس بقيد
واحترز بقوله بصريح الزنا عما اذا كان القذف بطريق الكناية بان قال رجلا محصنا
يا زاني فقال الآخر صدقت لم يحد المصدق ولا يشكل على قوله رجلا محصنا او امرأة محصنة
قذف الآخر المحصن والخرساء المحصنة لاحتمال التصديق منهما لو كانا ينطقان
اولا احتمال ان يكونا مطالبتهما نصديقا فلا يحد مع الشبهة **قوله** وطالب المقذوف لا يقال
مطالبة المقذوف ليس بشرط لانه يحد القاذف بمطالبة من يقع القذف في نسبه اذا كان المقذوف
ميتا لانا نقول لما قام مقامه اخذ حكمه فنسبت مطالبة الميتا ولا من يقع القذف في نسبه
مقذوف ايضا فتحقق مطالبة المقذوف فان قيل المذهب فيه حق الله تعالى فكان ينبغي
ان لا تشترب مطالبة العبد كما لا يصح عفو فلنا حق العبد وان كان مغلوبا فيه يصلح
ان تشترب مطالبة احتيا لا لدراء الحد **قوله** لما مر في حد الزنا وهو قوله لان الجمع
في عضوا حد قد يفضي الى التلف

كما في سائر تصرفاته ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر والله تعالى اعلم بالصواب •

الذي فيه حق العبد كحد القذف فانه يحد باقراره وان كان اقراره في حال سكره وذكر الامام قاضي خان رحمه الله ويؤخذ باقراره فيما سوى الحدود الخاصة لله تعالى من الحقوق والحدود الواجبة للعباد كحد القذف عرف ذلك باجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون سوطا فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف حقا للعبد فاذا وجبت عليه حد القذف حقا للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره وذكر في الذخيرة وهذا في الاقرار وما اذا زنى او سرق حال سكره يحد به بخلاف الاقرار بهما في حال السكر حيث لا يحد لان الاقرار يحتمل الانشاء وذكر الامام الترمذي رحمه الله ولا يحد السكران باقراره على نفسه بالنزاع والسرقة لانه اذا صحا ورجع بطل اقراره ولكن يضمن المسروق بخلاف حد القذف والقصاص حيث يقام عليه في حال سكره لانه لا فائدة في التأخير لانه لا يملك الرجوع لانهما من حقوق العباد •

قوله كما في سائر تصرفاته من الاقرار بالمال والطلاق والعتاق **قوله** ولو ارتد السكران لا تبين امرأته منه هذا جواب الاستحسان وفي القياس تبين امرأته كذا في مير المبسوط **قوله** لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر فان قيل الاسلام ايضا من باب الاعتقاد فيصح اسلام الكافر حالة السكر قلنا السكران مع سكره غير عال عن نوع تمييزه بدليل توجه الخطاب اليه وصحة وقوع طلاقه وعناقه وسائر تصرفاته لما ان السكر يخلط عقله ولا ينبغي وما كان كذلك اعتبرنا ذلك القدر في صحة اسلامه دون كفره لان الاسلام يعلم ولا يعلم كما في ارتداد الميكره واسلامه حيث يصح اسلامه ولا يصح كفره والله اعلم •

ولونسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا ولو قال له يا ابن الزانية وامه
ميتة محصنة فطالب الابن بحد حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها
ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القذف في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد

الجدهنا بطريق الاستحسان لا بطريق القياس وذكر في المبسوط ولكننا تركناه هذا القياس لتحديث
ابن مسعود رضي الله عنه لا حد الا في قذف محصنة او نفى رجل من ابنته ولانها اذا وطئت
بالشبهة فولدها يكون ثابت النسب من انسان وانمالا يكون ثابت النسب من الاب اذا كانت
هي زانية فعرفنا انه بهذا اللفظ قاذف لامه والى هذا المعنى اشار في الكتاب بقوله لان النسب انما
ينفى عن الزاني لا من غيره فان غير الزاني عام جازان يكون زوج امه او من وطئ امه
بشبهة في عدته فولدته امه كما ذكرنا فيثبت منهما النسب ولما نفى القاذف نسبه مطلقا علم
ان مراد القاذف ليس بغير الزاني بل مراده الزاني لان الزاني لا نسب له اصلا ولكن
هو غير معين فلا يحد بسببه ولكن يحد بسبب امه لانه لما كان الرجل الذي
نفى عنه النسب زانيا كانت امه زانية لا محالة فيجب الحد بسببها اذا كانت محصنة
فان قيل هذا كناية في القذف فينبغي ان لا يحد قلنا وجوب الحد بالاثر ونقول عدم
وجوب الحد في الكناية لاستتار المراد ما اذا لم يكن مستترا فالكناية بمنزلة الصريح كما
لوقال للقاذف هو كما قلت فانه يحد به وان لم يكن صريحا •

قوله ولونسبه الى جده لا يحد لانه قد ينسب اليه مجازا قال الله تعالى كما
اخرج ابويكم وكذا اذا نسبته الى خاله او عمه او زوج امه لا يحد لان كل واحد منهم
يدعي ابا قال الله تعالى ورفع ابويه على العرش قالوا هي خالته وابوه وقال عليه السلام
الحال اب وقال الله تعالى نعبد الهك واله آباؤك ابراهيم واسماعيل واسحق
واسماعيل كان عماله قال الله تعالى ان ابني من اهلي وقيل انه كان ابن امرأته

ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به فلا تقام عليه الشدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشولان ذلك يمنع ايصال الالم به وان كان القاذف عبدا جليدار بعين صوط المكان الرق والاحصان ان يكون المقتذوف حرا عاقلا بالغامسما عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلا نه ينطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليه نصف ماعلى المحصنات من العذاب اي الحر اثر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامة لان النسب انما ينفي عن الزاني لا عن غيره ومن قال لغيره في غضب است باين فلان لاييه الذي يدعى له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقة سبائه وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اياه في اسباب المروءة ولو قال لست باين فلان يعني جده لم يحد لانه صادق في كلامه

قوله لان سببه غير مقطوع به لانه يحتمل ان يكون القاذف صادقا في نسبته الى الزنا وان كان عاجزا عن اقامة البينة لان اثبات الزنا بالبينة على الوصف المشروط فيه لا يكاد يحصل فلهذا خفف ولم يقم على الشدة بخلاف حد الزنا حيث يجرد من ثيابه لان سببه معين بالبينة او بالاقرار **قوله** فلا نه ينطلق عليه اسم الاحصان فان قيل قال الله تعالى فاذا احصن المراد منه الا ماء قلنا اريد بالمحصنات الحرائر فشرطنا الحرية احتياالا للدرء **قوله** ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك اي لست لاصلك الذي خلقت من مائه وانما ينقطع نسبه عن صاحب الماء اذا حصل بالزنا فان قيل جاز ان لا يكون ثابت النسب من ابيه ولا يكون امه زانية بان كانت موطوءة بشبهة قلنا وجوب

ثم يرجع هذا التعبير الكامل الى ولده والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعبير على الكمال لفقد الا حصان في المنسوب الى الزنا وليس للعبدان يطالب مولاة بقذف امه الحرة ولا لابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لا يفاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقيق السبب وانعدام المانع ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل ولو مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلا فانه بناء على انه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصد من شرع الزواجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك

والحق ليس بطريق الارث حتى يعتبر لقرب بخلاف المقذوف فان حق الخصوصية باعتبار نيل القاذف من عرضه وذا لا يوجد في حق ولده ولا ان مساهلته توهم تصديقه لانه اعلم بما جرى عليه من ولده وبخلاف الكفاءة لانه لا ولاية للابعد مع وجود الاقرب .

قوله ثم يرجع هذا التعبير الكامل الى ولده وهذا لان القذف يتناول الميت صورة ويتناوله معنى بالتعدي اليه والشيء اذا تعدى عن محل الى محل يتعدى على الوصف الذي كان ثابتا في ذلك المحل فاذا كان المقذوف محصنا تعدى اليه بصفة الكمال وان كان المقذوف غير محصن لم يكن التعدي بصفة الكمال فاعتبر كل الحال في حق من يتناوله القذف صريحا ليكون التعدي كاملا في حق من يتناوله معنى **قوله** وكذا الاب

(كتاب الحدود ... باب حد القذف)

لان العار يلحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى وعند الشافعي رح
يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما تبين انشاء الله تعالى
وعندنا ولاية المطالبة ليس بطريق الارث بل لما ذكرناه ولم يثبت عندنا للمحروم
عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد رحمه الله
ويثبت لولد الوالد حال قيام الولد خلافا لفرير رحمه الله واذا كان المقذوف محصنا جاز
لابنه الكفاية العبد ان يطالب بالحد خلافا لفرير رحمه الله هو يقول القذف يتناوله معنى
لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا نصار كما اذا كان متناولا صورة
ومعنى ولنا انه عبر بالقذف محصن فياخذ به بالحد وهذا لان الاحصان في الذي ينسب
الى الزنا شرط يقع تعبيراً على الكمال

قوله لان العار يلحق به لمكان الجزئية فان قيل ينبغي ان يكون له ولاية المطالبة حاضرا
كان المقذوف او غائبا حيا كان او ميتا وكذا اذا مات بعد القذف قلنا المقذوف يلحقه العار قصدا
وهو لاعمنا فلا تعتبر خصوصتهم مادام المقذوف حيا لان ما ثبت في ضمن غيره ولا يعطى له
حكم نفسه واذا مات بطل المتضمن فبطل ما في ضمنه بخلاف ما اذا قذف ميتا محصنا
فان الميت ليس باهل للحقوق العارية فيعود الى من يقع القذف في نفسه بقذفه قصدا فيثبت
له ولاية المطالبة **قوله** ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد رح انه منسوب
الى ابيها الى امه فلا يلحقه الشين بزنا اب الام ولنا ان النسب يثبت من الجانبين ويصير الولد
بكرهم الطرفين فكان القذف متناولا له **قوله** ويثبت لولد الوالد حال قيام الولد خلافا لفرير
رحمه الله انه ان الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد نصار ولد الولد مع
بقاء الولد كولد المقذوف مع بقاءه واعتبر هذا بطلب الكفاية فانه لا خصوصية فيه للابعد
مع بقاء الاقرب قلنا ان حق الخصوصية باعتبار حقوق العار وذا موجود في حق ولد الولد

والاول اظهر

قال ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه ومن قال للعربي يا نبطي لم يحد لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا

كالقود واكثر الاحكام يدل عليه وذكر في جامعة الصغير وانا جعل الاقامة الى الامام لان الضرب غير مقدر في نفسه فلو جعل الاقامة اليه لزد على ما هو المعهود فيؤدي الى التلف فجعل الاقامة الى الامام بطريق المصلحة وقال فيه ايضا ثم انه لا يورث عند اصحابنا مع انه حق العبد كما لا يورث حق الشفعة وخيار الشرط لما ان الارث انما يجري في الاعيان قال عم من ترك مالا فلورثته وهذا الان امال يبقى بعد موت المورث ويفضل عن حوائجة فلا بد من ان يصرف الى اقرب الناس اليه وهم ورثته اما حق القذف فليس بملك عين ولا في معنى ملك العين بل هو ملك الفعل وهو ملك الضرب والفعل لا يبقى فملك الفعل لا يبقى ايضا ولهذا قلنا ان حق الشفعة لا يورث لانه ملك فعل وهو حق النفس بخلاف القصاص حيث يورث لانه في معنى ملك العين لانه يملك اتلاف العين وملك الاتلاف ملك العين عند الناس فصار من عليه القصاص كالمملوك من له القصاص وهو باق فيختلف الوارث في حق استيفاء القصاص •

قوله والاول اظهر وهو ان الغالب فيه حق الله تعالى اظهر واشهر وعليه عامة اصحابنا رحمهم الله النبط جيل من الناس بسواد العراق الواحد نبطي فهم ممن يذم بالنسبة اليهم قال ابن ابي ليلى اذا قال العربي يا نبطي او قال لست من بني فلان لقبيلته التي هو منها فعليه الحد لانه نعبه الى غير ابيه قلنا يراد به النسبة الى الجهل واللكنة لا النهي عن الاب عادة كمن قال لمصري يارستاقى او يافروي فانه لم يجب عليه

تشهد الاحكام واذا تعارضت الجهتان فالشافعي رحمه الله مال الى تغليب حق العبد
تقدما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع
لان مال العبد من الحق ينولاه مولاه فيصير حق العبد مريعابه ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية
للعبد في استيفاء حقوق الشرع الانبابة وهذا هو الاصل المشهور الذي ينخرج عليه الفروع
المختلف فيها منها الارث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها
العفو فانه لا يصح هفوا المقذوف عندنا ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الا اعتبار عنه
ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه في العفو
مثل قول الشافعي رحمه الله ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام

بابه ذكر حكم الوالد دون الوالدة والحكم لا يختلف فيهما وذكر في قتال الكفاية لا يحدد
الاصول بقذف الفروع لانه لا يقتل لهم فلان لا يحدد اولى .

قوله تشهد الاحكام فمما يدل على انه حق العبد انه لا يسقط بالنقادم ويقيم
القاضي بعلم نفسه ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار ويقام على المستأمن في دار الاسلام
وتشترط فيه الخصومة ويقدم استيفاءه على حد الزنا والسرفه ولا يبطل مع الرجم
ومما يدل على انه حق الله تعالى انه لا يباح با با حة العبد ولا يحلف القاذف فيه
ولا ينقلب ما لا عند مقطوعه وينتصف بالرق **قوله** ومن اصحابنا من قال ان الغالب
حق العبد المراد به صدر الاسلام ابو اليسر رحمه الله تعالى عليه **قوله** وخرج الاحكام
اي اجاب عن الاحكام التي تدل على انه حق الله تعالى بجواب على وفق مذهبنا
وذكر الامام صدر الاسلام رح في مبعوطه ان الصحيح ان المقلب فيه حق العبد كما
قال الشافعي رحمه الله لان محمد ارحمه الله نص في الاصل ان حد القذف حق العبد

وذكر الجبل انما يعين الصعود مراد اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه
 ولو قال زنا ت على الجبل قبل لا يحد لما قلنا وقبل يحد للمعنى الذي ذكرناه
 ومن قال لا خريازا ني فقال لا بل انت فانهما يحدان لان معناه لا بل انت واني اذ هي
 كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا في الثاني
 ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدث المرأة ولا لعان لانهما قاذبان
 وقد فقه يوجب اللعان وقذفها بالحد وفي البداءة بالحد ابطال اللعان لان المحدود
 في القذف ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا فيحتمل المدراء اذا اللعان في معنى الحد
 ولو قالت زنت بك فلا حدودا لعان ومعناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لتوقع الشك
 في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان
 لتصدقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت

قوله وذكر الجبل انما يعين الصعود مراد اذا كان مقرونا بكلمة على فان قيل
 في تجي بمعنى على قال الله تعالى ولا صلبنكم في جذوع النخل اي عليها قلنا الحق
 انها على حقيقتها تمكن المصلوب في الجذع تمكن الكائن في الطرف فيه فان قيل
 الكلام فيما اذا ادعى ارادة الصعود وبالارادة تترك حقيقة الكلام الى ما يحتمله
 ولا خفاء في الاحتمال قلنا لما ثبت ان ظاهرة للفا حشة كان قذفا حقيقة ودعوى المجاز
 غير مسموع عنه كما لو قال زنت وقال عنيت به الزنا فيما دون الفرج
 ولو قال زنا ت على الجبل قبل لا يجب لما قلنا اشارة الى قوله اذا كان مقرونا
 بكلمة على وقبل يجب للمعنى الذي ذكرنا اشارة الى قوله وحالة الغصب
 والعباب تعين الفا حشة مرادا

ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه يراد به التشبيه في الجود
والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفاته وسماته وان نسبة الى عمه
او خاله او الى زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا اما الاول
فلقوله تعالى نعبد الهك والله آباءك ابراهيم واسماعيل واصحق واسماعيل كان
عماله والثاني لقوله عليه السلام الخال اب والثالث للتربية ومن قال لغيره زناً
في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حدوهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا يحد لان المهور منه للصعود حقيقة وقالت امرأة من العرب

وارق الى الخيرات زناء في الجبل

وذكر الجبل يقرره مراداً ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهوراً ايضاً لان
من العرب من يهز الملقين كما يلين المهور زواجاً الغضب والسباب
تعين الفاحشة مراداً بمنزلة ما اذا قال يا زاني او قال زناً *

شيء كذا هنا وعن ابن عباس رضي الله عنه انه سئل عن رجل قال لرجل من
قريش يانبطي فقال لاحد عليه وماء السماء هو لقب عامرين حارثة الازدي كان
يلقب بماء السماء لانه وقت الخط كان يقيم ماله مقام القطراي عطاء وجوداً واما
المندرين امرء القيس فكانت يسمي ماء السماء لجمالها وحسنها وقيل لولدها بنو
ماء السماء وهم ملوك العراق.

قوله وذكر الجبل يقرره مراداً لانه قرينة الصعود ولهذا القول زناً في الجبل

لا يحد وحرف في لاينا في الصعود كما في قول الشاعر

وارق الى الخيرات زناء في الجبل

وكفي قوله تعالى فكانما يصعد في السماء وحقيقة ما نوى ان لم يثبت يورث الشبهة

قال ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لغوات العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف صادق والا صل فيه ان من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطئ المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطئ في غير الملك من كل وجه ومن وجه حرام لعينه وكذا الوطئ في الملك جانبها قائم مقام حد الزنا فكانت محدودة في الزنا فوجب ان لا يحد قاذفها قلنا للمعان في جانبها قائم مقام الحد بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره الا ترى ان المعان قائم مقام حد القذف في حقه بالنسبة اليها لا بالنسبة الى غيرها حتى قلنا بشهادته او نقول اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فقد وجد اماراة الزنا منها فينبغي ان يسقط الحد عن القاذف نظرا الى هذا وقائم مقام حد القذف في جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه تكون المرأة محصنة فتعارض الوجهان فتساوتا فبقي القذف سائما من المعارض فوجب الحد على القاذف .

قوله ومن وطئ وطئا حراما نحو ان تزوج امرأة نكاحا فاسدا متفقا على فساد فوطئها وهو يعلم بذلك او لا يعلم او وطئ جارية مشتركة او وطئ جارته ثم استحقت منه وهو لا يعلم انها غير البائع او وطئ بنكاح ثم علم ان المرأة ممن لا يحل له نكاحها **قوله** في غير ملكه اي من وجه او من كل وجه احتريزه عما اذا اتى امة وهي مجوسية او امرأة وهي حائض او مكاتبة له فلا يسقط احصانه لان الوطئ وان كان حراما الا انه في ملكه **قوله** فالوطئ في غير الملك من وجه كوطئ الجارية المشتركة او من كل وجه كوطئ الاجنبية وانما تساوى في حق سقوط الاحصان لان حد القذف عقوبة يسقط بالشبهة فيصبر الزنا من وجه شبهة مانعة وجوبه كما يصبر عدم الزنا من وجه شبهة مانعة وجوب حد الزنا .

زناي ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنك احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا ومن هو بولد ثم نفاة فانه يلاعن لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن وان نفاة ثم اقربته حد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة النكاح والاصل فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل والولد ولده في الوجهين لا قرارة به سابقا ولا حقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد وان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امرأة معها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملائنة بولد والولد حي او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام اماراة الزنا منها وهي ولادة ولد لاب له ففانت العفة نظرا اليها وهي شرط الاحصان ولو قذف امرأة لا عنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام اماراة الزنا

قوله زناي ما كان معك بعد النكاح اطلق لفظ الزنا على الوطى الحلال على طريق المشاكلة كما في قوله تعالى فاعندوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لاعلى تحقيق الزنا فعلى هذا لا تكون مصدقة لزوجها فعلى هذا الاعتبار يجب اللعان **قوله** فجاء ما قلنا اي وقوع الشك في الحد واللعان فبطلا **قوله** واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد جواب لقائل لما وجب اللعان ينبغي ان يقطع النسب اي ليس من ضرورة اللعان قطع النسب لانه ينفك عنه وجودا وعدما الا ترى انه اذا تطاولت المدة من حين الولادة ثم نفى يلاعن بينهما ولا ينقطع نسب الولد ولو نفى نسب ولده من امرأته الامة ينفي النسب ولا يجري اللعان **قوله** ففانت العفة نظرا اليها اي الى ولادة ولد لاب له ولو قذف امرأة لا عنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام اماراة الزنا فان قيل اللعان في

ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم بعد عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا حد عليه
وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم بهذه
خلافا لهما وقد مر في النكاح واذا دخل الحربي في دارنا بامان فقذف مسلما حد
لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في ان لا يؤذى فيكون
ملتزما ان لا يؤذي وموجبه اذاه واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب
وقال الشافعي رحمه الله تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات واذا حد الكافر
في قذف لم تجز شهادته على اهل الذمة لان له الشهادة على جنسه فترد تنمة لحد
فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة اعتقادها بعد الا سلام
فلم تدحل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل
شهادته لانه لا شهادة له اصلا في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من
تمام حد وان ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان
رد الشهادة منتم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد
الشهادة صفة له ونحن ابي يوسف رحمه الله انه ترد شهادته اذا قل تابيع الاكثر

وهذا هو الصحيح وذكر الكرخي رحمه الله انه لا يحق به الاحصان لان الفعل حرم
مع قيام الملك المبيع فصار علامة المزدوجة والصحيح هو الاول لثبوت التضاد بين الحمل والحرم
فمن سروره ثبوت الحرمة مؤبدا انتفاء الحمل والسبب لا يوجب الحكم الا في محل قابل له
فاذا لم يقبل الحمل الحمل في حقه لا يثبت ملك الحمل فكان فعله في معنى الزنا
قوله وقد مر في النكاح اي في باب نكاح اهل الشرك من كتاب النكاح
قوله وان ضرب سوطا آه اجمع العلماء على القبول اذا حد حقه القذف قبل الا سلام
واجمعوا على عدم القبول اذا حد بعد الا سلام اذ لا يثبت الحد قبل الا سلام

والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة موقته فالحرمة لغيرة وأبو حنيفة راجع بشرط ان تكون
الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد بيانه
ان من فذف رجلا وطى جارية بينه وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه
وكذا اذا فذف امرأة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك
ولهذا وجب عليها الحد ولو فذف رجلا اتى امته وهي مجوسية او امرأته وهي
حائض او مكاتبه له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي موقته فكانت
الحرمة لغيرة فلم يكن زنا وعن ابي يوسف رحمه الله ان وطى المكاتبه يصط
الا حصان وهو قول زفر رحمه الله تعالى لان الملك زائل في حق الوطى ولهذا
يلزمه العقربا لوطى ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيرة اذ هي موقته
ولو فذف رجلا وطى امته وهي اخته من الرضاة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا
هو الصحيح وأوفذف مكاتبا ومات وترك وفاء لاحد عليه لتمكن الشبهة في الحرية
مكان اختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم

قوله والحرمة مؤبدة كما منه النبي هي اخته رضاعا **قوله** وأبو حنيفة رحمه الله يشترط
ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع كموطوءة الاب بملك النكاح او بملك
اليمين ثم اشترأها ابنها فوطئها لا يحد فاذنه او بالحديث المشهور كحرمة وطى المنكوحة
بلاشهود فان حرمتها ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لانكاح الاشهاد
وهذا الحديث مشهور ذكره في الفوائد الظهيرية لان التحريم المؤبد ينافي ملك المنعة وان
لم يناف ملك الرقة فيصير الوطى واقعا في غير الملك من وجه فيصير زنا من وجه
قوله والحرمة لغيرة وهو قيام حقها في البدن **قوله** اذ هي موقته أي منقضية بمخ الكتابه او
بالمجز **قوله** ولو فذف رجلا وطى امته وهي اخته من الرضاة لا يحد لان الحرمة مؤبدة

لان المقلب فيه حق العبد عنده والله تعالى اعلم بالصواب •

زان لا يقام عليه الا حد واحد وعند الشافعي رحمه الله ان قذفهم بكلام واحد فذلك الجواب وان قد فهم بكلمات متفرقة بعد اكل واحد منهم وهذا يخالف ما ذكر في المطومة والشرح لان المقلب فيه حق المقدوف عنده فلا يجري فيه التداخل عند اختلاف السبب وعندنا المقلب فيه حق الله تعالى وهو مشروع للزجر فيجري فيه التداخل كسائر الحدود وكذلك ان حضر بعضهم للخصومة ولم يحضر البعض فاقيم الحد بخصومة من حضر فعلى مذهبه اذا حضر الغائب وحاصم يقام الحد عليه لاجله ايضا وعندنا لا يقام اذا علم ان تدبه بالزنا قبل اقامة الحد لان حضور بعضهم للخصومة كحضور جماعتهم وهو المقصود قد حصل وهو دفع العار عن المقدوف بالحكم مكذب القلاف وذكر في الفوائد الظهيرية وقد حكى عن ابني حنيفة رح ان ابن ابي لبلى كان قاضيا بالكوفة سمع رجلا عمدا باب مسجده يقول رجلا آخر يا ابن الزنا نين فقال حدوه فا حدوه وادخلوه في المسجد فضربه حدين ثمانين ثمانين فاحبر ابو حنيفة رح بذلك فقال يا للعجب من قاضي بلد نافذ اخطأ في خمسة مواضع في مسألة واحدة اما الاول فليس له ان يأخذ بالحد ملأه بخاصم المقدوف والثاني انه لو حاصم يجب حد واحد وان قذف الف رجل يكتفي بحد واحد والثالث انه ان كان الواجب عند حدين ينبغي ان يقتص بين الحدين يوما او اكثر حتى يخف اثر الضرب الاول وهو قد والى بهر الحدين والرابع انه حد في المسجد وقال عليه السلام جنبوا مساحدكم صبيانكم ومجالينكم وسائر منكم والامة حدودكم وايمانكم والخاص ان قذف الوالدين حدان قال يا بن الزنا بين روح يجب ان يعرف انهما في الاحياء او في الاموات فان كانا في الاحياء فالخصومة بهما وان كانا في الاموات فالخصومة الى الابن والله اعلم بالصواب •

والأول أصح قال ومن قذف أوزني أو شرب خمر مرة فحد فهو لذ لك كله
أما لا خير أن فلان المقصود من إقامة الحد حق الله تعالى لا نزجاروا احتمال حصوله بالأول
فإنه فتمت يمكن شبهة فوات المقصود في الثاني وهذا بخلاف ما إذا زني وقذف وسرق
وشرب لأن المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يندخل وما
القذف فالمغالب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما وقال الشافعي
رحمه الله تعالى إن اختلف المذوف أو المقتوف به وهو الزنا لا يندخل

وبعضه بعده فقد قال أبو حنيفة رحمه الله ينظر إلى حال أكمل الحد أن ضرب في كفرة تسعة
وسبعين سوطا وبعد الإسلام واحد تقبل شهادته لأن زد الشهادة من تمام الحد فينظر
إلى حال اتمامه لأنه عند ذلك يصير حد اثم رجع وقال إن أقيم أكثره بعد الإسلام لا تقبل
إذ الأقل تبع للأكثر فصا ركان الكل وجد بعد الإسلام فلا تقبل وكذا روي عن
أبي يوسف رجع إلى ما ذكر في الكتاب لأن ما كان له من الشهادة لم يبطل بضرب
البعض لأن الرد نعمة الحد لا بد منه وجوده ليكون الرد نعمة له وما حدث له من الشهادة
بإسلام لم يرد أيضا لهذا المعنى فلهذا تقبل شهادته على أهل الإسلام وأهل الذمة
قوله والأول أصح لأن بعض الحد لا يكون حدا ولهذا هو ضرب جمعة وسبعين
سوطا لا ترد شهادته ولو كان الأكثران فما مقام الكل لردت شهادته **قوله** لأن المقصود
من كل جنس غير المقصود من الآخر فحد الزنا لصيانة الأنساب وحد السرقة
لصيانة الأموال وحد الشرب لصيانة العقول وحد القذف لصيانة الأعراض فلا يندخل
قوله وقال الشافعي رحمه الله إن اختلف المذوف كان قذف الأول أو المقتوف
به بأن قذف الأول يزنا آخر لا يندخل وقد ذكر في المنعوط لو قذفت جماعة في كلمة
واحدة بأن قال يا أيها الزناة أو كلمات متفرقة بأن قال يا يزيد أمت زان ويا عمرو أنت

والأصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين وإذا تعذر تبليغه حد أنابو حنيفة ومحمد رحمهما الله نظر إلى أدنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرناه إليه وذلك أربعون فنقصا منه سوطاً وأبو يوسف ربح اعتبر أقل الحد في الإختار إذا لا أصل هو المحرمة ثم نقص سوطاً في رواية عنه وهو قول زفر رحمه الله وهو لقياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو ما ثور عن علي رضي الله عنه فقلده ثم قدر الأدنى في الكتاب بثلاث جلدات لأن ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا ربح أن أدناه على ما يراه الإمام يعززه بقدر ما يعلم أنه ينزجر لأنه يختلف باختلاف الناس وعن أبي يوسف رحمه الله أنه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه أنه يقرب كل نوع من بابه فيقرب للمس والقبله من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف

بالتعزير غايته في الجنائية الأولى وهي ما إذا قذف غير المحصن بالزنا ولم يثبت وفي الثانية وهي ما إذا قذف مسلماً بغير الزنا •

قوله والأصل فيه قوله عم من بلغ حداً في غير حد في المغرب بلغ بالتخفيف هو السماع وأما ما يجري على السنة الفقهاء من التثقيب أن صح فعلى حذف المفعول الأول كافي قوله عليه السلام إلا فليبلغ الشاهد الغائب وقوله تعالى يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك على حذف المفعول الثاني والتقدير من بلغ التعزير حداً وإنما حذف لدلالة قوله في غير حد والذي يدل على هذا التقدير قولهم لا يجوز تبليغ غير الحد الحد وذكر هذا الحديث في الفوائد الظهيرية ثم قال وبلغ بالتخفيف لا بالتشديد من البلوغ لا من التبليغ لأن المبلغ إليه غير مذكور والمراد تبليغ غير الحد الحد لا تبليغ الحد غير الحد ومعنى بلغ بالتخفيف أتى كقولهم بلغ المكان أي أتاه فبصير تقدير الحديث كأنه قال من أتى حداً في موضع لا يجب الحد فهو من المعتدين **قوله** وهو ما ثور عن علي رضي الله تعالى عنه وتأويل ما روي عنه

فصل في التعزير

وهو قذف عبدا أو امرأة أو أم ولد أو كافرا بالزنا مزرلانه جنابة قذف وقد امتنع وجوب الحد لقدر الإحصان فوجب التعزير وكذا إذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافر أو يا خبيث أو يا مارق لأنه إذاه والحق الشين به ولا مدخل للمقياس في الحدود فوجب التعزير إلا أنه يبلغ بالتعزير غاية في الجنابة الأولى لأنه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الرأي إلى الإمام ولو قال يا حمار أو يا خنزير لم يعزر لأنه ما لحق الشين به للتيقن بنفيه وقيل في حرفنا يعزر لأنه بعد سبها وإيذاء وقيل إن كان المسبوب من الأشراف كالنساء والعلماء يعزر لأنه تلحقهم الوحشة بذلك وإن كان من العامة لا يعزر وهذا حسن والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطا وأقله ثلث جلادات وقال أبو يوسف رح يبلغ التعزير خمسة ومبعض موطا

فصل في التعزير

هو تأديب دون الحد وأصله من العزر بمعنى الرد والردع وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى فاصبروهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا أمر بضرب الزوجات تهديبا عاديا بهن والحنه قال عليه السلام لا ترفع عصاك عن أهلك وروى أنه عليه السلام مزرر جلا قال لغيره يا مخنث ولان زجرا لدعار من الحنانيات ومعاوى الأخلاق واجب تقليلا لها والتعزير صالح للزجر فيكون مشروها ثم قد يكون بالحبس وقد يكون بالصنع وتعريك الأذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وعن أبي يوسف رح إن التعزير باخذ المال بجور للسلطان ثم تعزير الأشراف كالدعوات والقواد وغيرهم الأعلام والبحر إلى باب القاضي وتعزير الأشراف كالفقهاء والعلماء الأعلام فقط بان يقول بلغني أنك فعلت كذا فلا تفعل وتعزير أوساط الناس كالحفظة بالأعلام والبحر والحبس وتعزير الأحماء الأعلام والبحر والضرب والحبس قوله إلا أنه يبلغ

وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كما لفصاد والبزاع بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات تنقيد بشرط السلامة كالمزور في الطريق وقال الشافعي رح تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه اذا التعزير للتأديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامر صارك ان الله اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان والله تعالى اعلم بالصواب •

في المسئلة روايتان لكن موضوع ما ذكر في كتاب الحدود انه وجب تبليغ التعزير الى اقصى غايته متى كانت التحلة هذه يجب التفريق على الاعضاء كيلا تكون الإقامة في موضع واحد سبب الفساد ذلك الموضع وموضوع ما ذكر في الاثرية انه يعز رادني تعزير كسوط واسوطين او ثلثة وهى كانت الاحالة سنة فالإقامة في موضع واحد لا يؤدي الى فساد ذلك الموضع •

قوله وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة لان الامر يطلب فعل المأمور به من المأمور وهو اثبات والاثباتات ليست بغاية للتعليل بالشرط لانه يح يشبه القمار فلذلك لا يتقيد بشرط السلامة بخلاف الاطلاقات فانها رفع القيد فكان من جنس الاسقاطات وهي قابلة للتعليل فان قيل يشكل على هذا ما اذا جامع الرجل امرأته فماتت من الجماع او اناضها فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلا لابي يوسف رح والرواية في المحيط مع ان الزوج بالجماع استوفى حق نفسه والاحترار عن التلف ممكن واطاق له في ذلك الفعل فكان ينبغي ان يتقيد بشرط السلامة كما اذا ضرب امرأته لتعود الى مضجعها قلنا انما لم يجب الضمان هناك لان ضمان المهر قد وجب في ابتداء ذلك الفعل ثم لو وجبت الدية بموتها كان فيه ايحاب الضمانين بمقابلة مضمون واحد وهو منافع البضع وذلك لا يجوز كذا في المحيط وتصح في التعزير الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال والعفووا التكفيل لانه من حقوق العباد شرع للاصلاح والتهذيب والله تعالى اعلم •

قال وان رأى الا امام ان يضم الحبس الى الضرب في التعزير فعل لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جازان يكتفى به فجازان يضم اليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لانه من التعزير *

قال واشد الضرب التعزير لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كبلایودي الى فوت المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء *

قال ثم حد الزنا لا يثبت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم ولانه اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب لان سببه متيقن به ثم حد القذف لان سببه محتمل لاحتمال كونه دافعا ولانه جرى فيه التغايط من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف ومن حد الا امام او عزير فمات فدينه حد لانه فعل مانع الامر الشرع

ان عليا رضي الله عنه كان يعاقب لكل خدس فلما بلغ خمسا وسبعين لم يعقد لانه بقي اربع ضربات فلم يبلغ خدسا فلذلك لم يعقد نظن الراوي انه جلده خمسة وسبعين *

قوله وقد ورد الشرع به اي بالحبس وهو ما روي ان النبي عليه السلام حبس رجلا للتعزير **قوله** ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته هذا لايضاح ان الحبس يصلح للتعزير

اي ولهذا لا يحبس في تهمة وجوب التعزير قبل ثبوته بان شهد شاهدان مستوران على انه قذف محصنا فقل يا فاسق فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود كما شرع في الحد لان الحبس تعزير فلا يحبس قبل ثبوته بخلاف ما اذا اتهم بما يوجب الحد لان التعزير ادنى من الحد فناسب ان يعاقب به عند التهمة بما يوجب الحد لانه ادنى منه *

قوله كبلایودي الى فوات المقصود وهو الزجر ولهذا لم يخفف من حيث التفريق ذكر في المحيط ان محمدا رح ذكر في حدود الاصل ان التعزير يفرق على الاعضاء ولا يضرب العضو الذي لا يضرب في حد الزنا وفي كتاب الاشرية يضرب التعزير في موضع واحد وليس

والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء وابتداء لا غير كما اذا انقب الجدار على الاستمرار واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدي لحفظ الطرق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه.

قال واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما تبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لاشبهة فيه وجب عليه القطع والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ

قوله والمعنى اللغوي اي الاخذ على سبيل الخفية مراعى فيها ابتداء وانتهاء يعني اذا كانت السرقة نهارا او ابتداء لا غير يعني اذا كانت السرقة ليلا لان اكثر السرقات يصبر مغالبة في الانتهاء اذا كانت ليلا لانه وقت لا يلحقه الغوث فلمولم يكتف بالخفية وقت الدخول في الحرز لا يمنع القطع في الاكثر بخلاف ما اذا كانت بالنهار لانه وقت يلحقه الغوث فلا يصبر مغالبة وقت الاخذ كذا في الذخيرة وفي الحاوي انه اذا كان باب الدار مردودا غير مغلق فدخلها السارق خفيا قطع ولو كان باب الدار مفتوحا فدخل نهارا وصرق لا يقطع ولو دخل يتلا من باب الدار وكان الباب مفتوحا مردودا بعد ما صلى الناس العتمة وسرق خفيا او مكابرة ومعه سلاح او لا وصاحب الدار يعلم به او لا قطع ولو دخل المص دار انجان ما بين العشاء والعتمة والناس يذهبون ويحيثون فهو بمنزلة النهار **قوله** وفي الكبرى اعني قطع الطريق انما سميت كبرى لان ضررها يعم المالك والمسلمين اولانها مسارقة عين الامام ومحاربة الله ورسوله قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله **قوله** او من يقوم مقامه كالمودع والمستعبر والمرتهن والمضارب والغاصب

كتاب السرقة

السرقه في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسار ومنه استرق السمع قال الله الامن استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه ان شاء الله تعالى

كتاب السرقة

هي اخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة جيدة محرزة بلا شبهة **قوله** ومنه استرق السمع لانه يسمع كلام المتكلم في حال غفلته قال الله تعالى الامن استرق السمع اي رام اختلاسه سرا ومسروق الشياطين من الملائكة **قوله** وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة منها في السارق وهوان يكون مكلفا اي عاقلا بالغاً ومنها في المسروق وهوان يكون مالا متقوما لا يتسارع اليه الفساد مقدرا بعشرة دراهم او بما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة جيدة محرزة بلا شبهة لان السرقة لا تتحقق الا بصفة المالبية والمملوكة والمحرز فان اخذ المباح يسمى اصطباً دا واحتطاباً لا سرقة ومالا يكون محرزا لا يكون اخذه سرقة لعدم مسابقة عين الحافظ ولما صار كون المال محرزا اشراطاً بالنص وشرائط العقوبات يراعى وجودها بصفة الكمال لما في النقصان من شبهة العدم وانما يتم الاحراز في المال الخطير فالخفيف تافه لا يقصد العاقل احرازه عادة فصار ما يتم به الاحراز وهو كون المال خطيرا ثابته بالنص

كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرأ قيمتها انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لانه المتعارف في عامة البلاد وقوله او ما تبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى

في القيمة يؤخذ بالاقل قلنا روى ايمن بن ايمن وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ان المجن الذي قطعت اليد به على عهد رسول الله عليه السلام كان يساوي عشرة والرجوع الى قولهم اولى لكونهم من جملة الغزاة وكانوا اعرف بقيمة المجن من غيرهم وليس هذا من جملة ما قال ان الاحد بالاقل اولى لان في قيمة المسروق انما يؤخذ بالاقل لدرء الحد وذلك يوجب ان يؤخذ بالاكثر ههنا لان معنى الدرء فيه وقد روى ان عمر رضي الله عنه اتى بسارق سرق ثوبا فامر بقطع يده فقال عثمان رضى الله عنه ان سرقته لا تساوي عشرة فامر بتقويمه فقوم بثمانية دراهم فدرء الحد عنه فدل انه كان ظاهرا معروفا فيما بينهم ان النصاب يقدر بعشرة دراهم .

قوله كما قال في الكتاب اي الفدوري وهو قوله او ما تبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة **قوله** وهو الاصح احتراز عمار روى الحسن عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ما يدل على ان المضروبة وغيرها لمضروبة في ذلك سواء **قوله** والمعتبر وزن سبعة اي المعتبر عشرة دراهم بوزن سبعة مثاقيل لانه المتعارف في وزن الدراهم في عامة البلاد **قوله** اشارة الى ان غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهب الا يقال ان الذهب منصوص عليه بقوله عليه السلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم لا نأقول نعم قد ورد في بعض الاخبار ذكر الدينار واكنه لم يبلغ في الشهرة مبلغ الدراهم وذكر شيخ الاسلام رحمة الله تعالى عليه ان بذكر العشرة تبين ان المراد بالدينار الدينار المنقوم بقيمة الشرع عشرة لا بقيمة الوقت لان باعتبار الوقت قد تبلغ قيمة الدينار ثلثين او اربعين

لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان
الرجبات تفترق في الحقيق وكذا اخذ لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر
لانها فيما يغلب والتقدير عشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي رحمة الله تعالى عليه
التقدير ربع دينار وعند مالك رحمة الله تعالى عليه بثلاثة دراهم ان القطع
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن وقل
ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالقل وهو المتيقن به او على غير
ان الشافعي رحمه الله يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب
اولى احبنا لدرء الجحد وهذا لان في الاصل شبهة عدم الجناية وهي دارئة
للحد وقد نأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا نطع الا في دينار او عشرة دراهم
وامم الدرهم ينطاق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب

قوله لان الجناية لا تتحقق دونهما اي الجناية لا تتحقق عند عدم العقل
والبلوغ لانه لا جناية بلا تكليف ولا تكليف بلا عقل وبلوغ **قوله** وعند الشافعي
رحمة الله تعالى عليه لتقدير ربع دينار وعند مالك رحمة الله تعالى عليه بثلاثة دراهم
لاخلاف بينهما من حيث المعنى لان قيمة الدينار كانت اثني عشر درهما
وثلاثة دراهم كانت ربع الدينار وقال ابن ابي ليلى رح نصاب الحرفة مقدر
بخمسة دراهم وقال عكرمة رح باربعة دراهم وعن ابي هريرة وابي سعيد اخذ ربي رضي
الله عنهما باربعين درهما وهذا صاحب الطواهر لا يعتبر النصاب فيه وقد نقل ذلك من
الحسن البصري رحمه الله **قوله** وهو المتيقن به روي في ثمن المجن ثلاثة دراهم
وروي انه خمسة دراهم وعند الاختلاف في القيمة يؤخذ بالقل كما اذا اختلف المقومون

قال والعبد والحر في القطع سواء لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فينكامل
 مبانة لاموال الناس ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
 رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقطع الا بالاقرار مرتين ويروى عنه انهما في
 مجلدين مختلفين لانه احدى المجنين فتعتبر بالاخري وهي البينة كذلك اعتبرنا
 في الزنا ولهما ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة فيكفي به كما في القصاص وحاد القذف
 ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا
 لانه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالانكرا والرجوع في حق المال
 لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذب به واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس
 فيقتصر على مورد الشرع *

قال ويجب بشهادة شاهدين لتحقيق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي
 ان يسألها الامام عن كيفية السرقة وما هيتهما وزمانها

منهما في ذلك فلا يقطع حينئذ وان كان المال قائما بعينه رددته بعد الاقرار الاول قبل
 الاقرار الثاني فكيف يلزمه القطع بالاقرار بعد رد المال الا ترى ان بالشهادة لا يلزمه
 القطع بعد رد المال فبالاقرار والى *

قوله وينبغي ان يسألها عن كيفية السرقة فيقول كيف سرق لجواز انه نقب البيت
 وادخل يده واخرج المتاع وفي هذا الوجه لا يقطع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
 وما هيتهما لانه مبهم الاسم محتمل فان من يستمع الى كلام الغير سرا يسمى
 سارقا قال الله تعالى الا من استرق السمع ومن لا يعندل في الركوع
 والسجود يسمي سارقا قال عليه السلام ان اسوء الناس سرقة من يصرق من صلوته
 وزمانها اي فيما اذا ثبتت السرقة بالبينة فيسألها الامام فيقول متى سرق لجواز انه

ان غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهباً ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارثه وسنبيته من بعد ان شاء الله تعالى .

فبصبر في التقدير كانه قال لا تقطع اليد الا في ثلاثين او اربعين او عشرة وبيان النصاب على هذا الوجه لا يستقيم فعلم ان المراد بالدينار الدينار المتقومة بالعشرة وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقطع الا بالاقرار مرتين وهو ايضا قول ابن ابي ليلى وكذلك الخلاف في الاقرار بشرب الخمر وذكركم بشر رجوع ابي يوسف الى قولهما قال القاضي الامام الزنجري رحمه الله في تعليل هذه المسئلة على قولهما ان الاقرار في المرة الاولى ان كان يوجب القسط صحيح الكلام وتم المرام وان لم يوجب القسط يوجب الضمان بل الرب فلما وجب الضمان باقرار الاول فلو وجب باقراره الثاني سقط الضمان الواجب والانسان لا يشتغل باسقاط الضمان الواجب بقوله وكان الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله يقول العجب عن ابي يوسف رحمه الله ان شأنه علا وارفع بهذه المسئلة حين كان خامل المذكور كان في مجلس هارون الرشيد فاتي بسارق فقالوا للسارق انت سرت هذا المال فقال انا اخذت هذا المال فاتفق الفقهاء من اهل المظالم انه يقطع فقال ابو يوسف رحمه الله تعالى عليه لا يقطع لانه ما اقربا المرفة وانما اقربا لا خذوا الاخذ يوجب الضمان دون القسط فحاروا وخجلوا واقروا ان ما قاله حق لكن قالوا نسأله ثانيا فسالوه فقال نعم سرت فقالوا الله اكبر لان يقطع فقال ابو يوسف رحمه الله لا يقطع لان الضمان واجب عليه بالاقرار فاراد الان ان يسقط الضمان عن نفسه فاقرا هل المظالم من الشيب والشبان ان الحق ما قاله وذكر في المبعوط تعليل محمد رحمه الله لم اقطعه في المرة الاولى ولم اقطعه في المرة الثانية لان المال صار دينا عليه بالاقرار الاول فهو بالاقرار الثاني يريد اسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده فيكون

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ولا يقطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والحمل والطير
والصيد والزرنينخ والمغرة والنورة والا صل فيه حديث عائشة رضي الله تعالى
عنها قالت كانت ابدا لا تقطع على عهد رسول الله عليه السلام في الشيء التافه
اي الحقيقير وما يؤجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تغل الرغبات
فيه والطباع لا تضن به فقلما يوجد اخذه على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزاجر
ولهذا لم يجب القطع بحرقة مادون النصاب ولان الحرز فيها ناقص الا ترى ان الخشب
يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا
الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة يورث الشبهة والجد يندري بها
ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولا طلاق
قوله عليه السلام لا يقطع في الطير ومن ابي يوسف رحمه الله انه يجب القطع في كل شيء
الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي رحمه الله والحجة عليهما ما ذكرناه *

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

قوله ولا يقطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام وما يوجد مباحا في الاصل في دار الحرب
وهو مزيل لا يورث الشبهة لان الاموال كلها في دار الحرب على الاباحة وتفاهة الشيء
يعرف بالرجوع الى العرف فان الانسان قد يترك الاخذ مع القدرة عليه ويعد اظهار
الرغبة فيه من الخساسة وكذا الضئيلة تعد من الخساسة وتفاهته من هذا الوجه يخل
بخطره وقلة الخطر يمنع وجوب القطع كمنصان قد والنصاب **قوله** بصورته اي بخلقته
الاصلية **قوله** والطير يطير والصيد يفر بيان لنقصان الحرز **قوله** وهو على تلك الصفة
احراز من الاواني والابواب المنخدة من الخشب فان فيها القطع *

ومكانها الزيادة الاحباط كما مر في الحدود وبحسبه الى ان يسأل من الشهود للثمة
قال واذا اشترك جماعة في صرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه
 اقل لا يقطع لان الموجب صرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كل
 النصاب في حقه والله تعالى اعلم بالصواب *

تقادم العهد وانه مانع للقطع اذا ثبتت السرقة بالبينة واما اذا ظهرت بالاقرار فلا يحتاج
 الا امام الى السؤال عن الزمان لان تقادم الزمان لا يمنع صحة الاقرار كذا
 في المبسوط والمحيط .

قوله ومكانها يجوز انه مرق من غير الحرز او في دار الحرب لانه لا يقام الحد على من اشترى
 الصبب في دار الحرب **قوله** وبحسبه الى ان يسأل من الشهود للثمة لانه لا يدكر ان يدين
 با التكفيل لانه لا كفالة في حقوق الله تعالى ولا يتمكن من القضاء قبل ظهور عدلها
 لان القطع يتعذر تلافيه عند وقوع الغلط فيه **قوله** واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب
 كل واحد منهم عشرة دراهم قطع هذا اذا لم يكن بين هؤلاء المراق صبي او مجنون
 فان كان واحد منهما بينهم درى الحد عنهم في قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى
 وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الصبي والمجنون وليا اخراج المتاع درى الحد
 عنهم وان كان الذي ولي سواهما قطعوا الا الصبي والمجنون لان الحامل هو الاصل كذا
 في الايضاح وان اصابه اقل لا يقطع خلا فاما لك رحمه الله ولا يلزم على هذا وجوب
 القصاص على جماعة قتلوا واحد الان القتل بطريق التغالب غالب فاحتج الى الشرع
 الزاجر لتقليله ولا كذا لك سرقة ما لا يصيب كل واحد منهم الا شي قليل ولان انزاع
 الروح غير منجز فيضاب الى كل واحد منهم كما كولاية النكاح للاولياء المحتويين
 في الدرجة والله اعلم بالصواب .

ولأن بعضها ليس بمال وفي ماله بعضها اختلاف فتتحقق شبهة عدم المالية •

قال ولا في الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي رح يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف رحمه الله مثله وعنه ايضا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فيعتبر بانفرادها ووجه الظاهر ان الاخذين أول في اخذه القراءة والنظر فيه ولانه لا ماله له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للمجلد والاوراق والحلية وانما هي توابع ولا معتبرا لتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب ولا يقطع في ابواب المسجد الحرام لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل أولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بمرفقة مناعه •

قال ولا الصليب من الذهب ولا السطرنج ولا النرد لانه يتأول من اخذها الكسرها من المنكر بخلاف الدراهم الذي عليه التمثال لانه ما اعد للعبادة فلا تثبت شبهة اباحة الكسرو عن ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه ان كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي لان الحر ليس بمال

قوله ولأن بعضها ليس بمال أي بمنقوم كالخمر **قوله** وفي ماله بعضها اختلاف كالمصنف والباذق وفي المغرب المعازف آلات اللهو التي يضرب بها الواحد عزف رواية عن العرب واذا اقرد المعزف فهو نوع من الطنابير يتخذها اهل اليمن **قوله** وقيمة الآنية تربو على النصاب وكذا اذا كانت مساوية للنصاب الصليب شيء مثلث كالتمثال يعبد به النصارى المطرنج بكر السنين على وزن جرد حل وفي الذخيرة ولا قطع في مرفقة المطرنج وان كان من ذهب والنرد يكون كذلك **قوله** وان كان الصليب في المصلى

قال ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثرة الجمار وقيل الودي وقال عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد كما لمهبا للاكل منه وما في معناه كاللحم والتمر لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا وقال الشافعي رحمه الله يقطع فيها لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثرة اذا اواه الجربين او الجبران قطع قلنا اخرجناه على وفاق العادة والذي يؤويه الجربين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع *

قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الا حراز ولا قطع في الاشربة المطربة لان السارق يتناول في تناولها الارافة

قوله والكثرة الجمار وهو شي ابيض لبن يخرج من رأس النخل ومن قال هو حطب او صغار النخل فقد اخطأ كره المطرزي والودي الصغار من النخل وقيل غصن يخرج من النخل فيقطع ويغرس **قوله** لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا هذا اذا سرق في ايام الخصب اما في ايام المجاعة والفقير قال مشايخنا رحمهم الله لا يجب القطع بسرفة الطعام مطلقا من غير تفصيل بين المهبا للاكل وغيره لانه يرحص له بتناول مال الغير بالقيمة عند المحضنة **قوله** واذا اواه الجربين او الجبران هذا تردد من الراوي فقد اشكل عليه لفظ النبي عليه السلام فقال هذا او هذا والجربين المراد وهو الموضع الذي يلتقي فيه الرطب ليحلف كذا في المهرج وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه الى منخره فجاز ان يسمى به هنا الجرباب المتخذ منه **قوله** على وفاق العادة يعني انما ثبت القطع فيما اواه الجربين بناء على عادتهم انهم كانوا لا يضعون في الجربين الا اليابس فانصرف الله تعالى الى اليابس فلا يكون حجة علينا لاننا نقول بوجوب القطع في اليابس **قوله** ولا قطع في الفاكهة على الشجر وان يبس ولا يقطع في الاشربة المطربة اي المسكرة وهي الايضاح ويقطع في النخل لانه لا يتسارع اليه الفساد

قال ولا في سرقة كلب ولا فهد لان من جنسهما يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه
ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالبة الكلب فاورث شبهة ولا يقطع في دف ولا
يطبل ولا يربط ولا مزمار لان عندهما لا قيمة لها وعند ابي حنيفة رحمه الله آخذها يتناول
السكر فيها ويقطع في الساج والقناء والابنوس والصندل لانها اموال محرزة لكونها عزيزة
صدا الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام ويقطع في الفصوص والخضرو والياقوت
والزبرجد لانها من اعز الاموال وانفسها ولا توجد مباح الاصل بصورتها في دار الاسلام
غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة واذا اتخذ من الخشب او اني
وابوابا قطع فيها لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا يرى انها تحرز بخلاف
الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى ييسط في غير الحرز وفي الحصر
البغدادية فالواجب القطع في سرقتها الغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب القطع في غير
المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواجد حمله لان الثقل
منه لا يرغب في سرقة •

ملحقة بالفقهاء والتفسير لان معرفتهما يتوقف عليهما

قوله ولا يقطع في دف ولا طبل هذا اذا كان طبل لهو او ما طبل الغزاة فقد اختلف المشايخ
في وجوب القطع فيه واختيار الصدر الشهيد رحمه الله انه لا يجب القطع لانه كما يصلح
للفز ويصلح لغيره فيمكن الشبهة كذا في المحيط **قوله** الساج شجر يعظم جدا قالوا
لا ينبت الا في بلاد الهند والقنا بالقصر جمع قناة وهي خشبة الرمم والابنوس بفتح الباء
قوله وانما يجب القطع في غير المركب اراد به تركيب الباب على الجدار اي انما يجب
القطع بسرقة الابواب اذا كانت محرزة في البيت غير معلقة بموضع الباب من الجدار
فانها اذا كانت معلقة لا يجب القطع بسرقتها

(كتاب السرقة ... باب ما يقطع فيه وما لا يقطع)

وما عليه من الحلبي تبع له ولأنه يتناول في اخذه الصبي امكانه به او حمله الى مرضعته وقال
ابو يوسف رحمه الله يقطع اذا كان عليه حلبي هو نصاب لانه يجب القطع بحرقة واحدة
فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناه فضة فيه نبيذ او ثريد والخلاف في صبي لا يمشي
ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه ولا يقطع في مرقعة العبد الكبير لانه غصب او خداع ويقطع
في مرقعة العبد الصغير لتحقيقها بحدها الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه هو البالغ سواء في
اعتبار يده وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحصانا
لانه آدمي من وجه مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به او يعرض ان يصير
منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الادمية ولا يقطع في الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك
ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاختذ فكان المقصود هو الكواغذ

هو موضع الصلوة والدعاء والمراد به هنا موضع صلوة النصارى وهو معبدهم .
قوله وما عليه من الحلبي تبع له وقال ايضا في المبسوط الا ترى انه لو سرق ثوبا
لا يماوي عشرة دراهم ووجد في جيبه عشرة دراهم مضروبة ولم يعلم بها لم يقطع
وان كان يعلم بها فعليه النظم وعن ابي يوسف رحمه الله ان عليه القطع في الاحوال
كلها لان مرقته قد تمت في نصاب **قوله** والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم
كيلا يكون في يد نفسه حتى لو كان يمشي ويتكلم لا يقطع اجماعا لان له يدا
على نفسه وعليها ما هو تابع له فكان اخذه خداعا **قوله** ولا يقطع في الدفاتر كلها
اما كتب الفقه والاحاديث والتعابير فهي كالصحف من وجه وان كانت اشياء مكروهة
فهي كالظنور **قوله** الا في دفاتر الحساب والمراد دفاتر مضمون حماها لان ما فيها
لا يقصد بالاختذ وانما المقصود الكواغذ فيقطع ان بلغت نصابا واختلفوا في كتب الادب
فقبل هي ملحقة بدفاتر الحساب من حيث انه لا يحتاج اليها في معرفة احكام الشرع وقبل

او هو محمول على الصياغة وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح لما قلنا وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه المبيت لما بينا ولا يقطع المارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم*

قال ولا من مال للمارق فيه شركة لما قلنا ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحسننا لان التأجيل لنا خير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالنراضي وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع لان له ان يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه اور هنا من حقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به

قوله او هو محمول على الصياغة الاترى انه قال في ذلك الحديث من قتل عبدا قتلناه ومن جدد عذابه جددناه وهو محمول على السياسة فكذا هذا وللإمام رأي فيمن اعتاد ذلك وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح سواء نبش الكفن او مرق ما لا آخر من ذلك البيت لا ختلال الحرز بوضع المبيت فيه اذ لكل احد تأويل الدخول زيارة وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة **قوله** لما بينا اي من اختلال صفة المأبأة والمملوكية والحرز **قوله** لما قلنا من ان له فيه شركة وهي تورث الشبهة **قوله** والحال والمؤجل فيه سواء اي في عدم القطع والقياس في المؤجل القطع لانه لاحق له في اخذ شيء من ماله قبل حلول الاجل ونفى الاستحسان لان قطع لان التأجيل لا يسقط اصل الدين وباعتبار وجوب اصل الدين يتمكن من اخذ مثل حقه واكثر ما فيه انه استعجل ما كان مؤخرا من حقه ومثل هذا لاخذ لا ينفيك من شبهة فلا يوجب القطع **قوله** لان له ان يأخذ عند بعض العلماء وهو قول

ولا يقطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب ولا مختلس لانه يجاهر
بقوله كيف وقد قال النبي عليه السلام لا يقطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن
ولا يقطع على النباش وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى
وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله يقطع لقوله عليه السلام ومن نسي
قطعه ولا نه مال منقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام
لا يقطع على المخنفي وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك
لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لنقد حجة الميت وقد تمكن الخلل
في المقصود وهو الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع

قوله ولا يقطع على خائن ولا خائنة وهو ان يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون
والانتهاز ان يأخذ على وجه العلانية نهرا من ظاهر بلدة او قرية والاختلاس ان يأخذ من
اليد بصرعة جهرا **قوله** محرز بحرز مثله قال الطحاوي رحمه الله حرز كل شيء
يعتبر بحرز مثله حتى انه اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق ثوبا من اصطبل
لا يقطع وكذا لو سرق الشاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب فحرقه لا يقطع
ومثله النباش اختلف الصحابة رضي الله عنهم فيها فعمر وعائشة وابن معمر وابن الزبير
رضي الله عنهم قالوا بوجوب القطع على النباش وابن عباس رضي الله عنهما كان
يقول لا يقطع عليه واتفق عليه من بقي في عهد مروان من الصحابة على ما روي
ان نباشا اتى به مروان فسأل الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا له فيه شفا فعزروه اجواطا
ولم يقطعه وبهذا تبين فساد من يستدل بالاية لاجاب القطع عليه فان اسم السارق
لو كان يتناوله مطلقا لما احتاج مروان الى معاورة الصحابة مع النباش وما اختلفوا
على خلاف النص كذا في المبسوط **قوله** وما رواه غير مرفوع قبل انه من كلام زياد

ولنا ان القطع او جنب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى الملك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فتعزى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية

قوله ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل يعني ان صفة المالمية والنقوم لم يبق في هذا العين حقا للمسروق منه على ما تبين فبعد ذلك ان ظهرت المالمية والنقوم في حقه بالاسترداد يبقى ما سبق مورثا للشبهة والقطع يندري بها وهو نظير ما يوجد مباح الاصل في دار الاسلام اذ الحرزة انسان صار مالا متقوما له ومع ذلك لم يقطع السارق فيه باعتبار الاصل **قوله** على ما يعرف اشارة الى قوله بعد اوراق لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه **قوله** نظرا الى اتحاد الملك بان لم يتبدل بالبيع والمحل بان لم يتبدل كالوكان غزلا فنسجه ولم يسرق عينا آخر من المسروق منه وقيام الموجب اي سقوط العصمة عن المحل لان سقوط عصمة المحل باعتبار وجوب القطع **قوله** بخلاف ما ذكر اي فيما اذا باعه المالك ثم اشتراه وقد قيل لا يلزم القطع ايضا ولئن سلم فالملك هناك يتجدد بتجدد السبب والمالمية والنقوم باعتبار الملك فيجعل متجددا ايضا وهذا لان اختلاف اسباب الملك كاختلاف الاعيان الا ترى ان المشتري اذا باع من غيره ثم اشتراه ثم اطلع على عيب قديم لم يردده على البائع الاول بخلاف ما اذا زني بامرأة فحدث ثم زنى بها ثانيا حيث لزمه الحمد لانه لا يجب باعتبار المصنوفي وانه منلاش والمصنوفي في المرة الثانية غير المصنوفي في المرة الاولى مع ان هناك حرمة المحل لا تسقط في حقه باستيفاء الحمد منه في المرة الاولى بخلاف المالمية والنقوم الذي هو حق المالك في العين فانه يستطاع ان يراه باستيفاء القطع من السارق

حتى لو ادعى ذلك دري عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم تسرق منه
 دنانير قبل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقبل لا يقطع لان النقود جنس واحد ومن الطرق
 عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقباس ان يقطع وهو رواية
 عن ابي يوسف رحمه الله تعالى وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام
 فان عاد فاطعوه من غير فصل ولان الثانية منكاملة كالاولى بل افيح لتقدم
 الزا جرو صار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة

ابن ابي ليلى لوجود المجانسة باعتبار المال به ومن العلماء من يقول باخذ رها بحقه •
قوله حتى لو ادعى ذلك بان قال انما اردت ان آخذه رها بحقي او قضاء بحقي
 دري الحد بشبهة اخلاف العلماء **قوله** قبل يقطع وهكذا نص القدوري في شرحه
 لانه ليس له حق الاخذ لانهما جنسان مختلفان الا ترى انه لو وكل رجلا
 ليشتري له شيئا بدنانير فاشترى له بدراهم او على القلب يصير مخالفا
قوله وقبل لا يقطع وهو اخيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله وهو الصحيح لان
 النقود في حكم جنس واحد ولهذا يكمل احدهما بالآخر في باب الزكاة وقد قال ابو حنيفة
 رحمه الله ان للامام ان يتبادل احد القدين بالآخر بغير رضاء المديون لقضاء حقه وكذا
 في شراء ما باع باقل مما باع بمنزله جنس واحد حتى لا يصح **قوله** من غير فصل اي
 بين ان يسرق الشيء المسروق او لا وغيره **قوله** ولان الثانية منكاملة كالاولى لانه سرق
 نصا باسا ملا من حرز لا شبهة فيه كما في المرة الاولى ولهذا السبب يلزمه القطع في المرة
 الاولى فكذا في المرة الثانية بل الجنابة في المرة الثانية افيح مرعا فكان الاولى بغير
 القطع وهذا لانه بعد رد المتاع يصير هذا العين في حق السارق كعين آخرني
 حكمه الضمان حتى لو غصبه وابتلعه كان ما منا فكذا في حكم القطع

الى مواضع الزينة الظاهرة وفيها بخلاف الصد يقين لانه عادة بالحرقة وفي الثاني خلاف
 الثاني رحمه الله لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العناق ولو سرق من بيت ذي
 الرحم المحرم مناع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق من بيت غيره يقطع اعتبار المحرز
 بعده وان سرق من امه من الرضاغة قطع وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى على
 انه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استبذان وحشمة بخلاف الاخت من
 الرضاغة لان هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم

قوله الى مواضع الزينة الظاهرة ذكر في المبسوط وانهذا ثبت حل النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بهذه القرابة وهي قرابة ذى الرحم المحرم ثم المراد من مواضع الزينة الظاهرة الوجه والكف ومن مواضع الزينة الباطنة العنق والرأس والساق على ما يجبي في الكراهية انشاء الله تعالى ولعل المراد من مواضع الزينة الظاهرة هنا ما يظهر في الاعادة عند ترك التكلف في السر لان يراد بها الوجه والكف فقط لان النظر الى الوجه والكف مباح الاجنبى ايضا اذ لم يكن عن شهوة ويدل عليه قوله تعالى ايس على الاعمى خرج الى قوله اوبوت خلا يكم فظاهرة يقضى الاباحة وهو ان ترك لقيام الدليل تبقى شبهة ولا يلزم قوله تعالى في آخر الآية او صديقكم لانه اذا قصد السرقة فقد عاداه ولم يبق صديقاله فلعدم الصداقة عند العرقه انتفت الشبهة واما الاخوة ومايضا هيها فيبقى مع العرقه كالا بوة **قوله** وفي الثاني خلاف الشاعبي رحمه الله اي في ذى الرحم المحرم **قوله** اعتبار المحرز وعدمه على طريق الملف والنشر من غير ترتيب **قوله** بخلاف الاخت من الرضاة لانه لاشبهة في المال والمحرز ما لاشبهة في المال فلانه لا ينتفع كل واحد بمال الآخر من غير ان الا ترى انه لا يستحق كل واحد النفقة على الآخر عند الحاجة

(كِتَابُ السَّرْقَةِ ۝ فصل في الحرز والاختصاص منه)

وصار كما اذا فذف المحذور وفي القذف المقذوف الاول .

قال فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه وقطع فردة ثم نسج فعاد فسرقه قطع لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبديل في كل محل واذا تبدل انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانياً والله تعالى اعلم بالصواب .

فصل في الحرز والاختصاص منه

ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع فالاول وهو الولاد للبعوطة في المال وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع النظر

قوله وصار كما اذا فذف المحذور وفي القذف المقذوف الاول ذكر الامام المرحوم رحمه الله معناه بعين ذلك الزنا اما لو نسبته الى غير ذلك الزنا فانه يحدايضا **قوله** ولهذا يملكه الغاصب به اي بالنسج **قوله** وهذا هو علامة التبديل اي ملك الغاصب المغضوب بالنسج دليل تبديل العين والاما انقطع حق المالك عن المغضوب فان قبل العين الاول قائم حقيقة وانما تبدل اومه وصورتها قلنا المنعك شبهة سقوط العصمة قبل تبديل الامم والصوره وكان المنعك بعده شبهة الشبهة فلا تعتبر والله تعالى اعلم بالصواب .

فصل في الحرز والاختصاص منه

الحرز الموضع الحصين الذي اعد لحفظ الامنة **قوله** والثاني وهو قرابة المحزمية للمعنى الثاني وهو الدخول في الحرز .

قال **المحرز** على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور وحرز بالحفاظ قال **العبد الضعيف** رضي الله عنه الحرز لا بد منه لان الاستسرا لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لحراره الا متعة كالدور والبيوت والصندوق والمحافوت وتديكون بالحفاظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده مناعه فهو محرز به وقد قطع **رسول الله** عليه السلام من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الا حرار بالحفاظ وهو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع المارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج لقيام يده فيه قبله بخلاف المحرز بالحفاظ حيث يجب القطع فيه كما اخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحفاظ مسبقا ونائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند مناعه حافظا له في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمصنوع بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى

قوله وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الا حرار بالحفاظ وهو الصحيح وذكر في العيون على قول ابي حنيفة رحمه الله يقطع اذا كان ثمة حافظ وصورته رجل سرق من حمام فلان كان صاحبه جالسا عليه فقتل من تحته قطع عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يقطع قال **الصدر** والشهيد رحمه الله والفقيه ابو الليث رحمه الله اخنا رقول محمد رحمه الله في الحمام ونحن نخنا رقوله ايضا تبا عليه **قوله** وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح لعله اراد انه اذا دخل البيت ليلا وليس له باب او كان وهو مفتوح قطع لانه حرز فلا يعتبر بالحفاظ لما ذكر في الخطب منقولا من الحاروي ولو كان باب الدار مفتوحا قد دخل نهارا وسرق لا يقطع **قوله** والمتاع تحته او عنده هو الصحيح

كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة واقرب من ذلك الاخت من الرضاحة وهذا
 لان الرضا ع فلما يشتهر فلا بصوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب
 واذا سرق احد الزوجين من الاخر او العبد من سيده او من امرأة سيدها ومن زوج
 سيده لم يقطع لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق احد الزوجين من حرز
 الآخر خاصة لا يمكن فيه فكذلك الجواب عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
 لبصوطة بينهما في الاموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة ولو سرق المولى
 من مكاتبه لم يقطع لان له في اكسابه حقا وكذلك المارق من المغنم لان له فيه
 نصيبا وهو مأثور عن علي رضي الله تعالى عنه درء وتعليل

واما الحرز لانه لا يجوز الدخول من غير استئذان •

قوله كما اذا ثبتت بالزنا يعني اذا سرق من بيت بنت امازينة يقطع مع وجود
 المحرمية بزنا امها **قوله** واقرب من ذلك يعني الاقرب من الزنا والتقبيل عن شهوة
 اي من المحرمية الثابتة بالزنا بالمتنازع فيه محرمية الاخت رضاعا فان الام والاخت
 من الرضاع يتشابهان وينشاكلان فان محرميهما ثبت بالرضاع ولو كانت الامومة
 من الرضاع مؤثرة كانت الاختبة مؤثرة ايضا كما في النسب فالحاق الرضاع بالرضاع اولى
 من الحاق الرضاع بالزنا **قوله** ودلالة وهو ان عقد النكاح بينهما دال على البصوطة
 لانهما بعقد النكاح يصهران كمصرا على الباب وهذا يدل على البصوطة في المال اولا البصوطة
 بينهما في الاموال لما اثيرت في منع قبول شهادة احدهما للاخر فلان يمنع القطع اولى لان
 القطع من الحدود وهي تدري بالشبهات وهذا يعم الطرفين **قوله** درء وتعليل روي من
 علي رضي الله عنه انه اتى برجل سرق من المغنم فدرة عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا

ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من
الاخراج منها ولا في الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الاخذ فان كانت
دار فيها مقاصيرها خرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة باعتبار
ما فيها حرز على حدة وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فمروق منها قطع لما بينا

يخص بالنهار الا اذا كان با به مغلقا فينفذ يقطع في النهار ايضا وعن ابي حنيفة
رحمه الله ان سرق ثوبا من تحت رجل في الحمام يقطع كما لو سرق من المسجد
مناعا وصاحبه عنده وعنهما انه لا يقطع وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى لانه بني للاحراز
فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحائط وقد اقبل الحرز بالمكان بالاذن
في الدخول فلا يقطع بخلاف المسجد لانه لم يبن لاحراز الا منعة والاموال فكان
محرزا بالحائط كالصحناء .

قوله ومن سرق سرقة اي مالا نلتم بخرجها من الدار لم يقطع ولو كان مكان السرقة
مغصبا فهلك في يده قال بعض مشايخنا لا يضمن والصحيح انه يضمن لان الدار
كلها حرز واحد حتى اذا اذن له في دخول الدار فسرق من البيت لا يقطع
وهذا اذا كانت الدار صغيرة بحيث لا يستغني اهل البيوت من الانتفاع بصحن الدار
وان كانت الدار كبيرة وفيها مقاصير اي حجرومنازل وفي كل مقصورة سكان
ويستغني اهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار وانما ينفعون به انتفاع المكة
فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان الاخراج من الحرز قد وجد لان كل
مقصورة حرز على حدة الا ترى ان على باب كل مقصورة غلقا على حدة ومال كل محرز
مقصورة **قوله** وان اغار انسان في المغرب وفي رواية محمد رحمه الله وان امان انسان

قال ومن سرق شيئا من حرزا ومن غير حرز وصاحبه عنده يحفظه فليقطع لانه سرق
 مالا محرزا بالحد الحرزين ولا يقطع على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس
 في دخوله لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاقتل الحرز ويدخل في ذلك
 حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها لئلا يبيت لا حراز الا موال وانما الاذن
 يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحفاظ
 لان المسجد ما بني لا حراز الا موال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف
 الحمام والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحرز فكان المكان
 حرزا فلا يعتبر الا حراز بالحفاظ ولا يقطع على الضيف اذا سرق ممن اضافته لان البيت لم يبق
 حرزا في حقه لكونه مأذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لاسرقة

وقيل انما يكون محرزا به في حال نومه اذا كان تحت تحت جنبه او تحت رأسه فاما
 اذا كان موضوعا بين يديه لا يكون محرزا به في حال نومه والصحيح انه يقطع بكل
 حال لان الاعتبار لا حراز المعتاد وقد حصل بهذا الان الناس يعدون النائم عند
 متاعه حافظا لا ترى ان المودع والمستعبر لا يضمنان بمثله وهما يضمنان بالتضييع
 انه قال يضمنان في هذه الصورة ولا يقطع السارق فيها وفي فتاوى ابي الليث
 رحمه الله مثل اهل القاسم ممن حمل ثياب الودعة على دابته فنزل في بعض الطريق
 ووضع الثياب تحت جنبه فسرقت الثياب قال ان اراد به التفرق ضمن وان اراد به الحفظ
 لا يضمن وذكر في المحيط انما لا يجب الضمان اذا وضعه بين يديه ان نام فهدا
 اما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان في السفر ما اذا كان في السفر
 فلا ضمان عليه في السالمين وغوله بخلاف ما ذكر في الفتاوى في بعض النسخ
قوله لوجود الاذن عادة اي في الحمام او حقيقة في البيت الذي اذن في دخوله **قوله** وانما الاذن

ولم تعرض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا فاذا اخرج ولم يأخذه فهو مضيع لامارقه .
قال وكذلك ان حملته على حمار فهاقه واخرجه لان سيره مضاف اليه لموقته واذا دخل
 البحر زجما عة فتولي بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال العبد الضعيف رض هذا استحسان
 والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رحمه الله لان الاخراج وجد منه فتمت
 الموقته ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لان المعتاد فيها
 بينهم ان يحمل البعض المتاع وينتشر الباقيون للدفع فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد
قال ومن نحب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع وعن ابي يوسف رح في الاملاء
 يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا دخل يده في
 صندوق الصبر في اخرج الغطريفي ولنا ان هناك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة
 العدم والكمال في الدخول وقد امكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن
 فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد

ذ **نهر** في المبحوط في اخراج الماء بقوة جرية الاصح انه يلزمه القطع لانه جرى الماء
 به كان يصب القائه في النهر فيصير الاخراج مضافا اليه في هذا الوجه وهو زيادة
 حيلة منه ليكون متمكنا من دفع صاحب البيت فلا يجوز ان يجعل محققا للحد عنه .
قوله ولم تعرض عليه يد معتبرة جواب عن قوله كما لو اخذه غيره فان هناك اعتراض
 عليه يد معتبرة فاجب سقوط اليد المحكمة للمارقه ولم يسقط يده المحكمة هنا
قوله واذا دخل الحرز جماعة وانما وضع المسئلة في دخولهم لانهم اذا اشتركوا وانفقوا
 على فعل الموقته لكن دخل واحد منهم البيت واخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع
 على من دخل البيت واخرج المتاع ان عرف نفسه وان لم يعرف فعليه التعزيز
 ولا يقطع واحد منهم كذا في النهاية **قوله** فتولي بعضهم الاخذ هو ممن يجب عليه القطع

واذا نقب اللص البيت قد دخل واخذ المال وناولها آخر خارج البيت فلا قطع عليها لان الاول لم يوجد الله الاخراج لا اعتراض يدم معتبرة على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف رحمه الله ان اخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهي بناء على مسألة تأتي بعد هذا انشاء الله تعالى وان القاء في الطريق وخرج فاخذه قطع وقال زفر رحمه الله لا يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره ولان الرمي حيلة يعتادها السارق لتعذرا الخروج مع المتاع او لينفرغ لقتال صاحب الدار وللفرار

من اهل المقاصير انما ناعلى متاع من يسكن مقصورة اخرى فكانه اصح وان كان الاول اكثر وفي مختصر الكرخي رح وكذا لك ان اغار بعض اهل تلك المقاصير على مقصورة فسرق منها وخرج به منها الى صحن الدار قطع والمقصورة حجرة من حجر دار واسعة محصنة بالحيطان والمراد بالاغارة الاسراع في الاخذ من افلح الثعلب او الفرس اغارة وغارة اذا اسرع في العدو ومنه كما يغير ثم قبل للخبيل المغيرة غارة ومنه وشوا الغارة اي وفرقوا الخيل واغار على العدو واخرجه من حبوته بهجومه عليه •

قوله وهي بناء على مسألة تأتي بعد هذا وهي من نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا يقطع عند ابي يوسف رحمه الله لانه لا يشترط لهتك الحرز دخوله كما في الصندوق وشق الجوالق ولو وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج واخذه لم يذكر محمد رحمه الله والصحيح انه لا يقطع قبل ولو كان في الدار نهرجا فرمى بالمتاع في النهر ثم خرج واخذه ان خرج بقوة الماء لا يقطع لانه لم يخرج وان خرج بتحركه الماء قطع لانه اخرج كذا ذكره الامام الترمذي رحمه الله ولكن

لانعكاس العلة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقطع على كل حال لأنه محرز أما بالكم
أو بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لأنه يعتمد عليه وإنما قصده قطع المسافة أو الاستراحة فلهذا شبه الجوالق
وإن سرق من القطار بغيره أو حملا لم يقطع لأنه ليس بمحرز مقصود أنتمكن شبهة العدم
وهذا لأن المائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى
لو كان مع الأجمال من يتبعها للحفظ فالوايقطع وإن شق الحمل وأخذ منه قطع لأن الجوالق
في مثل هذا حرز لأنه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كما لكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع

وإن أدخل اليد في الكم إما أدخلها محل الرباط لا لأخذ المال من الكم فكان هذا نظير من
دخل البيت ونقبه ثم خرج وأدخل يده وأخذ شيئا وهناك لا يجب القطع فذلك ههنا
قوله لانعكاس العلة فإن الرباط إذا كان خارج الكم ففي صورة الطريق لا يقطع لأنه
يأخذ الدراهم من خارج الكم وفي صورة حل الرباط يقطع لأنه يأخذ الدراهم من
داخل الكم وأما إذا كان الرباط داخل الكم ففي صورة الطريق يقطع لأنه يأخذ الدراهم من
داخل الكم وفي صورة حل الرباط لا يقطع لأنه يأخذ الدراهم من خارج الكم على ما ذكرنا
قوله وإنما قصده قطع المسافة أي في حالة المشي أو الاستراحة أي في غير حالة المشي
فلم يكن من قصده الحفظ فيكون المال محرزا بالكم لا بصاحبه فإذا قطع الكم وأخذ المال
من خارج الكم لا يقطع لأن هذا سرقة الحرز والقطع إنما يجب بسرقة الحرز من الحرز فاشبه
الجوالق يجب القطع بشقه وأخذ المال منه ولا يجب بسرقة الجوالق إذا لم يكن له حافظ
القطار الأبل يفطر على نسق واحد والجمع قطر من قطر الماء صبه تقطيرا وقطرة مثل
قطرة واقطرة لغة وفطر بنفثه سال فطر وقطرنا **قوله** لأن الجوالق في مثل هذا حرز يعني فيما
إذا كان للمارق خوف هجوم صاحبه وذكر فخر الإسلام رحمه الله في جامعته إنما يعتبر
الجوالق أحرزا إذا خيف هجوم صاحبه فكان الجوالق حرزا ولا يكون محرزا لأن الحرز

قال وان طرصرة خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم يقطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطريق يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هناك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطريق يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطرح الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب

عند الا نفراد بان كان عاقلا بالغ او اذ كان الآخذ صبيا او مجنون لا يقطع واحد منهم وان كان الآخذ عاقل بالغ وفيهم صبي او مجنون فلا يقطع على واحد منهم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجب القطع الاعلى الصبي والمجنون والغطريفي هو الدارهم المنسوب الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد والدارهم الغطريفية كانت من اعز النقود ببخارا *

قوله وان طرصرة الطرار الذي يطر الهمبانين اي يشقها ويقطعها والصرة وعاء الدراهم يقال صررت الصرة اي شددتها والمراد بالصرة هنا نفس الكم المشدود وقبه الدراهم وفي قوله وان طرصرة خارجة من الكم لم يقطع دليل على ان المذكور في اصول الفقه بان الطرار يقطع ليس بمجرى على عمومه بل هو محمول على ما اذا دخل يده في الكم فطرما وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع على كل حال **قوله** فلا يتحقق هناك الحرز وهو ادخال اليد في الكم واخراج الدراهم منه **قوله** وينعكس الجواب يعني فيما اذا كان حل الرباط خارج الكم يجب القطع لانه لما حل الرباط الذي كان خارج الكم وقعت الدراهم في الكم فاحتاج في اخذ الدراهم الى ادخال اليد في الكم فلما اخرج الدراهم من الكم فقد شك الحرز بخلاف ما اذا كان حل الرباط في داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط في داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم فامره محمولة فكان الاخذ اخذ الدراهم من خارج الكم فلا يقطع لانه لم يهتك الحرز في اخذ المال لانه وان

واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ومن الزندلان الاسم يتناول اليد الى الابط
وهذا المفضل اعني الرسخ متيقن به كيف وقد صرح ان النبي عليه السلام امر بقطع يد السارق
من الزند والحكم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحكمم يقضي الى
التلف والحد زاجر لا متلف فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا
لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزز ايضا ذكره المشايخ رحمهم الله
وقال الشافعي رحمه الله في الثالثة تقطع يده اليسرى وفي الرابعة تقطع رجله
اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فان هاد فاقطعوه فان هاد فاقطعوه

قوله واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا ايما نهما وقراءته لا تكون
دون روايته وروايته اذا صارت مشهورة تزداد على الكتاب فكذلك قراءته فيصير كانه
قال فاقطعوا ايما نهما من الايدي فلا يتناول الرجل ولا اليد اليسرى وكان
يقراء سماعا فصاركا لخبر المشهور في قيد اطلاق الكتاب به لوروده في الحكم الواحد
والدليل عليه انه في المرة الثانية لا تقطع يده اليسرى ومع بقاء المنصوص لا يجوز
العدول عنه الى غيره ولو كان النص متناولا لليد اليسرى لم يجوز ترك قطع اليد مع
بقاء اليد والايدي وان كانت بلفظ الجمع فالاصل ان ما توحيد من خلق الانسان
يذكر تشبته بعبارات الجمع قال الله تعالى فقد صفت قلوبكما ولان الجمع المضاف
الى جماعة يتناول الفرد من كل واحد يقال ركب القوم واهمهم فيصير معنى الآية
والله اعلم فاقطعوا ايما من كل سارق وسارقة وقطع الرجل اليسرى انما ثبتت بالاجماع
قوله وخلد في السجن حتى يتوب والمدة التي تظهر فيها التوبة مفوض الى
رأي الامام وقال بعضهم يحبس سنة وقال بعضهم حتى يموت وقبل علامة توبته
ان يظهر سبعا الصالحين في وجهه

وان سرق جوارقا فيه مناع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع معناه اذا كان الجوارق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محترزا بعباه لكونه من مرصدا يحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عاده وكذا النوم بقرب منه على ما احترناه من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه او حيث يكون حانظا له وهذا يؤكد ما قد مناه من القول المختار والله اعلم بالصواب .

فصل في كيفية القطع وإثباته

قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم نالقطع لما تلوناه من قبل

اما بالحفاظ او بالمكان والجوارق ليس بمحرزا للمكان ولا بالحفاظ قصدا فلا يجب القطع بسرقة والاصل فيه قوله عليه السلام لا قطع في حريمة الجبل وهي شاة تنحرس في الجبل للرعي لا يجب القطع وان كان الراعي حاضرا لان الراعي يقصد الرعي لا الحفظ فكان الحفظ تبعاً وتبع له شبهة عدم الحفظ وكذا مقصود القائد والسائق السوق والقود فيمكن النقصان في الحفظ فلا يجب القطع **قوله** او حيث يكون حانظا له وهذا يؤكد ما قد مناه من القول المختار هو اشارة الى قوله ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستنظا او نائما او امتناع تحته او عنده هو الصحيح والله اعلم بالصواب .

فصل في كيفية القطع وإثباته

قوله الزند متصل طرف الذراع في الكف وقال الخوارج يقطع يمين السارق من المنكب لان البدا اسم للجارحة من رؤس الاصابع الى الاباط وقال بعض الناس المستحق قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع فيقطع اصابعه لئلا تمكنه من البطش بها فلنا هذا مخالف للنص فالنبي عليه السلام امر بقطع يد السارق من الرفع ولان هذا القدر متيقن به وفي العقوبات انما يخذ بالمتيقن به .

قال واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا او خطأ فلا شيء عليه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقال لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد وقال زفر رحمه الله يضمن في الخطأ ايضا وهو القياس والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد اما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفو وقبل يجعل عذرا ايضا له انه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فبضمنها قلنا انه اخطأ في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد عفو ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لانه تعمد الظلم فلا يعفى

طعن فيه الطحاوي فقال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد شيء منها اصلا اشار بها الى ما رواه الشافعي رحمه الله من الاحاديث في تصحيح دعواه هذه او يحتمل على السياسة او على الانتساخ لانه يحتمل انه كان هذا في الابتداء فقد كان في الحدود تغليظ في الابتداء لا ترى انه قطع الايدي والارجل من العرنيين وسمل اعينهم ثم انتسخ ذلك باستقرار الحد كذا في المبسوط الحداد الذي يقيم الحد يقال منه كالجلا من الجلا كذا في المغرب .

قوله واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا انما يقيد بقوله يمين هذا لانه اذا قال اقطع يده مطلقا فقطع الحداد يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه امر بقطع اليد اليسرى يدفعلا ضمان عليه كذا في شرح الطحاوي رحمه الله **قوله** والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد اي اجتهاد في جواز قطع اليسار نظرا الى اطلاق النص اما الخطأ في معرفة اليمين واليسار فلا يجعل عفو لان الجهل في موضع الاشهاد ليس بعذر وهذا موضع اشتهار لان كل واحد يميز بين اليمين واليسار **قوله** والخطأ في الاجتهاد موضوع بدليل قوله تعالى ما قطعتم من لينة او تركتموها قائمة على اصولها فبئذ ان الله اثبت لادن فيهما مع ان الحق عند الله احدهما .

ويروى مفسرا كما هو مذهب ولان الثالثة مثل الاولى في كونها جناية بل فوقها فتكون ادعى الى شرع الحدوثنا قول علي رضي الله عنه فيه اني لا استحيي من الله تعالى ان لا ادع له يداياكل بها ويستحيي بها ورجلا يمشي عليها وبهذا حاج بقية الصحابة رضي الله عنهم فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلا ك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب وقوعه بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفي بما امكن جبر الحنفية والحديث طعن فيه الطحاوي رحمه الله او يحمله على السيامة واذا كان السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا او مشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذا ان كان ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام لان قوام البطش بالا بهام فان كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلاء قطع لان فوت الواحدة لا يوجب خلا لظاهر في البطش بخلاف فوت الاصبعين لانهما لتزلا ن منزلة الا بهام في نقصان البطش

قوله ويروى مفسرا كما هو مذهب روى ابو هريرة رضي الله عنه انه عليه السلام قال من سرق قطعت يده اليمنى فان عاد وسرق قطعت رجله اليسرى فان عاد وسرق قطعت يده اليسرى فان عاد وسرق قطعت رجله اليمنى **قوله** فحجهم اي غلبهم بالحجة فانعقد اجماعا ولم يحج عليه احد بالنص في الباب فبان انه لانص فيه اذ لو ثبت لبلغهم ولو بلغهم لا حتجوا فان قيل اليس ان اليسرى محل بظاهر الكتاب والاجماع على خلاف الكتاب قلنا لما قيدنا المطلق بالقراءة المشهورة خرجت اليد اليسرى من ان يكون مرادة بمن قال لا خيرا منك عبدا من عبيدي ثم قال غنيت به سالما ولان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار ولان الحارق اسم فاعلم فبدل على المصدر لغيره وهو اسم جنس فيتناول الادنى اذ كل السرقات لم يرد اجماعا ولا يرد واحد لا يقطع الا يد واحدة وقد تعينت اليمنى اجماعا فخرجت اليسرى من الزيادة **قوله** والحديث

وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والافرار عندنا خلافا للشافعي رحمه الله في الافرار لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومته وكذا اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود وللمستودع والغاصب وصاحب الربوا ان يقطعوا الحراق منهم ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا للمغصوب منه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المنعبر والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن

قوله وفي الخطأ كذلك اي يجب ضمان المال على السارق على هذه الطريقة اي على طريقة ان القطع لم يقع حد او عدم الضمان على الحداد لانه اتلف واخلف ما هو خير منه من جنسه لان سقوط الضمان في ضمن وجود القطع حدا وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن لان ذلك وقع موقع الحد وعلى طريقتيهما وهو ان الضمان بطل بطريقة الاجتهاد لا يضمن لو فوّه موقع الحد **قوله** الا ان يحضر المسروق منه ولم يقل الا ان يحضر المالك لان السارق عندنا يقطع بخصومة المستودع والمنعبر **قوله** ولا فرق بين الشهادة والافرار عندنا اي يشترط حضور المسروق منه ومطالبة بالسرقة في الشهادة والافرار خلافا لابن ابي ليلى فيهما لان القطع خالص حق الله تعالى فنقبل الشهادة عليها حصبة كما لنا وللشافعي رحمه الله في الافرار لان الشهادة تبني على الدعوى في المال بخلاف الافرار **قوله** وصاحب الربوا قال في المحيط يحتمل انه اراد رجلا يبيع عشرة دراهم بعشرين درهما وبيض العشرين فجاء سارق وسرق العشرين منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة لان هذا المال في يده بمنزلة المغصوب *

(كتاب الصرقة ... فصل في كيفية القطع واثباته)

وان كان في المجتهديات وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة ولابي حنيفة رحمه الله انه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلا فاكمن شهد على غيره ببيع ما له بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا الوطعة غير الحداد لا يضمن ايضا هو الصحيح ولما خرج السارق يسارة وقال هذا يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه بامر ثم في العمد عنده عليه ضمان المال لانه لم يقع حدا

قوله وان كان في المجتهديات اي وان كان للاجتهاد فيه مجال تمسكا باطلاق النص وظاهرة اذ ليس فيه ذكر اليمين لان المجتهد لا يعذر في عمد الظلم كالقاضي اذا تعدد الجور في حادثة **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله انه اتلف واخلف فان قيل اليمينى لم يحصل له بحسب القطع بل كان حاصله من قبل قلنا اليمينى من حيث الاعتبار حصل له بقطع اليسرى لانها لما صارت على شرف الزوال فهي كالقائمة من حيث الاعتبار فان قيل لو قطع رجله اليمينى يضمن وقد اتلف واخلف عوضا وهو البعد اليمينى قلنا لا رواية فيه فيمنع ولئن سلم فالتلف ليس من جنس الباقي وعلى هذه النكته لو قطع غير الحداد لا يضمن **قوله** هو الصحيح احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي هذا كله اذا قطع الجلد بامر السلطان ولو قطع غيره يده اليسرى فان في العمد القصاص وفي الخطأ الدية **قوله** لانه قطعه بامر الا ترى ان من قطع يد غيره باذنه من غير ان يكون قطعه مستحقا بالسرقه لا يضمن لان البذل في الاطراف يسقط ضمانها فهذا اولى **قوله** ثم في العمد عنده عليه ضمان المال اي هذا بي حنيفة رحمه الله وانما خص ابا حنيفة رحمه الله بالذكر وان وجب الضمان بالاتفاق لان شبهة هدم وجوب الضمان على السارق المأمر على مذهبه لانه يقول بعدم وجوب ضمان البدن على الحداد فبطلان ان القطع وقع حدا عنده فلا يضمن المارق استدلالا بعدم وجوب ضمان الحداد فبطلان هذا الوجه .

مطلقا اذا لا اعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيسقط في القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موثومة الا عنراض كما اذا حضر المالك وغاب المرتهن

قوله مطلقا رد لقول زفر رحمه الله تعالى ان ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ لانهم انما يملكون الخصومة بحكم النيابة والنيابة فيما فيه صيانة المال لا فيما فيه تفويت الصيانة ولو اظهرنا ولاية الخصومة في حق استيفاء القطع لا ظهرنا فيما فيه سقوط الصيانة لانه يسقط عصمة المال عندنا ضرورة استيفاء القطع قلنا حصومتهم واقعة لانفسهم لان كل واحد منهم يخاصم باعتبار حقه لا باعتبار ملك الغير لان لهم ولاية الحفظ وذاليتاى الا باعادة اليد ولان اليد مقصودة كالمالك وقد ازيلت فلم يحق الاعادة لان صاحب البدان كان امينا فلا يتمكن من اداء الامانة الا بيده وان كان ضميئا فلا يتمكن من اسقاط الضمان من نفسه الا بيده فكانت الخصومة له لا لغيره ومن هذا خرج الجواب عن اشكال يورد هنا وهو ان الوكيل بالخصومة في السرقة اذا اقام البينة بالصرقة عند القاضي لا يقطع وان ظهرت السرقة عند القاضي بحجة شرعية بخصومة من هو قائم مقام المالك و يقطع بخصومة هؤلاء لما ذكرنا كل واحد من هؤلاء يخاصم لا عادة اليد النابتة له الا ترى انه يستغني عن اضافة الخصومة فان قيل القطع عقوبة تسقط بالشبهة فلا تثبت بخصومة المودع كالمقاص قلنا القطع واجب حقا لله تعالى اجماعا وانما شرطت الخصومة لبيان ان المال ليس للمسارق ولكن لغيره ونحو المودع ~~في ملك هذه~~ الخصومة لما بينا فيقطع لثبوت شرطه بخلاف المقاص لانه حق العبد والمودع قام مقام المودع ليعيد يده التي كانت حقاله في الوديعة وليس في استيفاء القود اعادة البدعي الوديعة بل تصرف آخر وهو الاتلاف فلم يثبت

وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء
 الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين او بعده لانه لا حق
 له في المطالبة بالعين بدونه والشافعي رحمه الله بناء على اصله اذ لا خصومة لهؤلاء
 في الاسترداد عند وزفر رحمه الله يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة
 الحفظ فلا يظهر في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها
 وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة

قوله وكل من له يد حافظة كمتولى الوقف والاب والوصي **قوله** الا ان الراهن انما يقطع
 بخصومته الاصح من النسخ قوله الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد
 قضاء الدين اي حال قيام المرهون في يد السارق ذكر في المحيط اذا سرق الرهن
 من المرتين فلم يرتحن ان يقطعه وليس للراهن ان يقطعه لانه لا سبيل له على اخذ الرهن
 وان قضى الراهن الدين فله ان يقطعه لان له ان يأخذه **قوله** لانه لا حق له في المطالبة بالعين
 بدونه اي بدون قضاء الدين هذا على اصح النسخ وفي بعض النسخ حال قيام الرهن قبل
 قضاء الدين او بعده لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه اي بدون قيام الرهن لان بالهلاك
 صار قاضيا دینه فلم يبق له حق فيه وهذه الرواية ليست بصحيحة لان السارق انما يقطع بده بخصومة
 من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ولاية الاسترداد قبل قضاء الدين والشافعي رحمه الله بناء على
 اصله اذ لا خصومة لهؤلاء عند في الاسترداد لان المطلوب منهم الحفظ دون الخصومة الا ترى
 انهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم ابقاء الملبد فلان لا يملكون الخصومة في الدعوى
 منهم اعادة الملبد اولي وزفر رحمه الله يقول كان لهم ولاية الخصومة ضرورة استرداد المال للحفظ
 فيظهر في حق الاسترداد ولا يظهر في حق القطع ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها
 وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا

واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء .

بحصول مقصودها المقصود من الخصومة امتداد المال و ظهور حق الله تعالى عند القاضي وقد حصل حيث اقام البينة عند القاضي فيكون منتهيا والشيء بانتهائه يتقرر والرد قبل المرافعة فاطع للخصومة لآمنه والخصومة شرط ولم يبق لانه لا قضاء الا بعد ثبوت السرقة ولا ثبوت الا بالشهادة لعدم الاقرار ولا شهادة بلا دعوى ولا دعوى بعد ما وصل المهروق الى المهروق منه وانما يدعى القطع وهو اجنبي عنه ولا قطع بدعوى الاجنبي فكذا بدعواه ولورده على ولده او ذي رحمه ان لم يكن في عيال المهروق منه يقطع لعدم الوصول اليه حقيقة وحكما ولهذا يضمن المودع والمستعير بالدفع الى هؤلاء وان كان في عياله لا يقطع لان يضمن في عياله كبدته حكما ولهذا لا يضمن المستعير والمودع بالدفع اليه والوكيل بقبض الدين اذا وكل من في عياله يبرء المديون بقبضه وكذا لورد على امرأته او عبده او اجمرة مشاهرة او صانعة ولودفع الى والده او جده او والدته او جدته وليسواني عياله لا يقطع لان هؤلاء شبهة الملك بالنص ثبتت شبهة الرد وشبهة الرد كما لرد ولودفع الى عيال هؤلاء يقطع لانه شبهة الشبهة ولودفع الى مكاتبه لا يقطع لانه عبده ولا يهرق من مكاتب وورده على صيده لا يقطع لان مال المكاتب للمولى رتبة ومن سرق من العيال ورد الى من يعولهم لا يقطع لان يده عليهم فوق ايديهم في ماله .

قوله واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة وقت الاستيفاء وهذا بخلاف رد المال لانه يوكد الخصومة السالفة وينهبها الحصول المقصود فيبقى تقديرا فاما الهبة فتقطع الخصومة لانه ما كان يخاصم ليهب منهم ثم انما يخاصم ليرد عليه وما يغتصب مقصود الشيء لا يكون منهيا له فان قبل اذا تزوج بمن زنى بها لم يحد فلما اختلفت الروايات فيه وبعد التسليم الحد باعتبار ما استوفى وذلك من تلاش وهنا وجب القطع باعتبار العين وهو باق

فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول السرز ثابتة وان قطع سارق بصرقه فسرق منه لم يكن له ولا للرب السرقة ان يقطع السارق الثاني لان المال غير منقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها والاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد ما درى الحد بشبهة يقطع بخصومه الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب ومن سرق سرقة فردا على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع اعتبارا بما اذارده بعد المراجعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعات حجة ضرورة نزع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المراجعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودا بنبتي تقدير او اذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهمت له لم يقطع معناه اذا سلمت وكذلك اذا باعها المالك اياه وقال زفر الشافعي رح يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رح لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارص لم يبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة وانما ان الاءضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الا متغناء منه بالا متغناء اذا القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده

قوله فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وانما فيد بظاهر الرواية احتراز عن رواية ابن سماعه عن محمد رحمهما الله فانه قال ليس للمالك ان يقطعه حال غيبة المودع هكذا ذكر في المنتقى لان السارق لم يسرق من المالك وانما سرق من الذي كان عنده فلم يجز ان يطالب بذلك غيره **قوله** وان كانت شبهة الاذن في دخول السرز ثابتة كالمودع حاضر المودع وقال انه كان صيفا ضدي وهذا لان المؤثر شبهة بغير وجودها في الحال واما ما ينوهم اعراضها لا يعتبر الا ترى ان القطع بمنزلة بالافرار وان كان ينوهم اعراض الرجوع **قوله** لان الخصومة شرط لظهور السرقة اي بالبينة **قوله** لانتهاء الخصومة

واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع وترد السرقه الى المصروق منه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يقطع والعشرة للمولى وقال محمد رحمه الله لا يقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر رح ومغني هذا اذا كذب به المولى ولو اقر بسرقة مال ممتلك قطعتم يده ولو كان العبد مأذوناً يقطع في الوجهين وقال زفر رح لا يقطع في الوجوه كلها لان الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا ان المأذون له يواخذ بالضمان والمال لصحة اقراره به لكونه مسلطاً من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ايضاً ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمي ثم يتعدى الى المأذون فيصح من حيث انه مال ولانه لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير لمحمد رحمه الله في المحجور عليه ان اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه الاقرار بالغصب ~~فهي~~ مال المولى ولا قطع على العبد في سرقته مال المولى ويؤيده ان المال اصل فيها والقطع تابع

في حق الآخر شبهة الشبهة وهي غير معتبرة قلنا سقط القطع عن الرجوع برجوعه لا بطريق الشبهة فاما في المسئلة الاولى ليس ذلك رجوعاً لان المسئلة فيما اذا ثبت بالبينة فلا يكون قوله هو مالي رجوعاً فاعتبر شبهة

قوله واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه لا خلاف في المأذون عند علمائنا الثلاثة بقوله بعينها لانه لا خلاف في المستهلكة عندهم ايضاً **قوله** ولانه لا تهمة الى قوله ومثله مقبول على الغير كما اذا شهد العبد عند الامام برؤية هلال رمضان وفي السماء ~~عنه~~ يقبل الا ما من شهادته وان لم تقبل في سائر المواضع لما انه لا تهمة فيه لانه يلزمه الصوم بهذا ويلزم غيره وكذا لو اقر

قال وكذلك إذا قصت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد رحمه الله أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله اعتبارا بالنقصان في العين ولنا إن كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لأنه مضمون عليه فكملة النصاب عينا ودينا كما إذا استهلك كله أما نقصان المعر غير مضمون فافترقا وإذا ادعى المارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقيم بينة معناه بعد ما شهد الشاهد أن بالسرقة وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط بمجرد الدعوى لأنه لا يعجز عنه مارق فيؤدي إلى سدهاب الحد ولنا إن الشبهة دائرته وتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار وإذا اقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطع إعلان الرجوع مامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لأن السرقة ثبتت باقرارهما على الشركة فإن مرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهد أن على سرقتهما قطع الآخر في قول أبي حنيفة رحمه الله الآخر وهو قولهما وكان يقول أو لا يقطع لأنه لو حضر وبما يدعى الشبهة وجه قوله الآخران الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة ولا يعتبر توهم حدوث الشبهة على ما مر

قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله إن الامضاء من القضاء **قوله** بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وإتمام ذلك لأنه إذا اقر بالسرقة ثم رجع عن اقراره سقط القطع منه بالاتفاق **قوله** ولا معتبر بما قال أي الشافعي رحمه الله تعالى عليه وهو قوله لأنه لا يعجز عنه مارق بدليل صحة الرجوع معني مامل أو يتمكن من الرجوع معني ذلك صار معتبرا في إبطال الشبهة فكذا هذا **قوله** لأن الرجوع مامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخران قبل نوله هو مالي مورث للشبهة في حق الراجع كافي المسئلة الأولى فإذا كان شبهة في حقه يكون

أما لا يجب بمسرفة العبد مال المولى فانترقا ولو صدقة المولى يقطع في الفصول كلها الزوال المانع
قال واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت إلى صاحبها لبقائها على ملكه
 وإن كانت مستهلكة لهم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهورواية
 ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يضمن
 بالاستهلاك وقال الشافعي رحمه الله يضمن فيهما لانهما حقان فداخلف سببهما
 فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهى عنه والضمنان حق
 العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة
 المذمي ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما نطقت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي
 القطع لانه يملكه باداء الضمان مستند الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي
 القطع للشبهة وما يؤدى الى انتفائه فهو المنتفى ولان المحلل لا يبقى معصوما حقا للعبد

قوله اما لا يجب بمسرفة العبد مال المولى اي لا يجب بحال وان سرق من مودع المولى ونحوه
قوله وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو قوله واذا كانت مستهلكة
 لان الهلاك في عدم وجوب الضمان فوق الاستهلاك فان المودع يضمن بالاستهلاك
 ويضمن بالهلاك فاذا ثبت عدم وجوب الضمان في الاستهلاك يثبت في الهلاك
 بالطريق الاولى **قوله** او شرب خمر مملوكة للذمي اي على اصلكم فان عنده
 لا يجب ضمان الخمر بالاستهلاك وان كانت للذمي **قوله** لانه اي لان السارق يملكه
 باداء الضمان مستند الى وقت الاخذ كما في الغصب وعن هذا قالوا ان هذا الاختلاف
 مبني على الاختلاف في الغصب **قوله** وما يؤدى الى انتفائه فهو المنتفى يعني ان وجوب
 الضمان بمنزلة الانتفاء القطع وانتفاء القطع غير منتفى فيبقى الضمان بالضرورة لان
 انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم

حتى تجمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تجمع ولا يثبت
 وإذا بطل فيما هو إلا صل بطل في التبع بخلاف المأذون لأن إقراره بالمال الذي في يده
 صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف رحمه الله أنه أقر بشيئين بالقطع وهو على
 نفسه فيصح على ما ذكرناه وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه والقطع يستحق
 بدونه كما إذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد مرفقة من عمرو وزيد يقول هو
 ثوبي تقطع يد المقر وان كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابي حنيفة
 رحمه الله أن الإقرار بالقطع قد صح منه ما بينا فيصح بالمال بناء عليه لأن الإقرار
 يلا في حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتبارها
 ويستوفي القطع بعد استهلاكه بخلاف مسألة الحر لأن القطع إنما يجب بالسرفقة من المودع

الحر المذنبون المفاص بالقتل العمد فانه يقبض بالا جماع وان كان فيه ابطال ديون
 ارباب الديون *

قوله حتى تجمع الخصومة فيه بدون القطع الا ترى ان المصروق منه لو قال ابغى
 المال ولا ابغى القطع تجمع خصومة ولو قال ابغى القطع والا ابغى المال لا تجمع خصومته
 ويثبت المال دونه كما لو شهد به رجل وامرأتان او انرا لسرفقة ثم رجع فانه يضمن المال
 ولا يقطع **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله ان الإقرار قد صح منه بالقطع لما بينا اشارة الى
 قوله ونحن نقول يصح إقراره من حيث أنه آدمي ثم يتعدى الى المالبة فيصح من حيث
 أنه مال وهذا الان الجزاء إنما يجب عليه بحسب الجناية والجناية إنما تتحقق بواسطة
 التكليف والتكليف إنما يتحقق من حيث أنه آدمي لا من حيث أنه مال **قوله** لأن
 الإقرار يلا في حالة البقاء لأن الإقرار اخبار عن امر مدين فلا بد وان يتحقق ذلك
 الشيء حتى ينصور الاخبار منه

لأنه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لا انتفاء المماثلة *

باطل أيضا لأن السرقة من الوجود ليست بموجودة فكيف ينبت الحكم وقت الوجود قلنا ينتقل قبيل السرقة شرطا لصيرورة الجناية على حقه مع ضرورة استيفاء الحد الذي هو حقه كما ثبتت الملك في قوله اعنق عبدك عني على ألف فقال اعتقت ضرورة صحة العنق اقتضاء ولهذا قلنا في رواية يضمن بالالتلاف لأن العصمة إنما تمسك ضرورة فتظهر في فعل السرقة دون غيرها إذ الثابت ضرورة لا يعد وموضعها والا لتلاف فعل آخر فلا يظهر في حقه فيضمن كما لو تلف غيره وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره وهو التلاف إذ لا حاجة إلى نقل العصمة في حق الغير فيبقى معصوما حقا للعبد نظرا إلى الغير فيضمن *

قوله لأنه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لا انتفاء المماثلة أي سقوط العصمة في حق الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في حق الهلاك لا انتفاء المماثلة بين المال المحروق وبين الضمان لأن الضمان مال معصوم حقا للعبد في حالتي الهلاك والاستهلاك والمال المحروق معصوم حقا له في حالة الاستهلاك فقط فاذا انتفى المماثلة انتفى الضمان لأن ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص وروى هشام عن محمد بن محمد رحمه الله أن السارق لا يضمن في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى يفتى بالضمان لأن المحروق منه قد لحقه الخسران والنقصان من جهته بسبب هو متعدي فيه ولكن تعذر على القاضي القضاء بالضمان لما ذكرنا فيفتى برفع النقصان الذي لجهته من جهة السارق فيما بينه وبين ربه كذا في المبسوط وذكر في الإيضاح قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى ولا يحل للمارق أن ينتفع به بوجه من الوجوه لأن التوب على ملك المحروق منه وكذلك إذا خالفه فيما لم يحل له الانتفاع لأنه ملكه بوجه محظور وقد

اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفى القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كما لميته
ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير الحرقة
ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو الحبس دون غيره ووجه المشهور ان
الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان

قوله اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفى القطع لان الحرمة لحق العبد لا يوجب
حرمة عينه وما كان حلالا في نفسه لا يصلح سببا للعقوبة كشرب عصير الغير
واخذ ماله غصبا انما الموجب للعقوبة فعل هو حرام بعينه فلا بد من انتقال العصمة
من العبد الى الرب قبيل السرقة ليكون ورود الجناية على حق الله تعالى
فان قيل نعم لا في عصمتين عصمة الله تعالى وعصمة العبد فكان جنايتان فكيف القتل خطأ
تجب الكفارة والدية وفي قتل صيد مملوك في الحرم يحجب الجزاء والقيمة وفي
شرب خمر الذمي يحجب الحد والضمان قلنا في النفس حقان حق الشرع وحق العبد
فوجب الضمان والجزاء في قتل صيد الحرم بهتك حرمة الحرم والضمان باتلاف
مال الغير والحد وجب بشرب الخمر صيانة لعقله والضمان باتلاف مال منقوم للذمي
جبر الحق وهنا الجناية منحددة لان محلها العصمة وهي واحدة وقد صارت لله تعالى
فلم يبق للعبد والجناية الواحدة متى اوجبت جزاء الفعل كمالا لا يوجب بدل المحل
كقطع اليد فصاعدا لا يجب معه بدل المحل وهو الارش ولكن هذا لا ينقرر الا باستيفاء
القطع لان ما يجب لله تعالى فتما به بالاستيفاء فكان حكم الاخذ مراعى ان استوفى
القطع تبين ان العصمة كانت له فلا يضمن والا ظهر انها كانت للعبد فيضمن فان قيل
ان انتقلت العصمة قبل الحرقة ففيه سبق الحكم على السبب لانه لا سبب سوى السرقة
وان انتقلت بعدها فلا يفيد لان الحبس صادف محلا معصوما للعبد وان انتقلت معها فهو

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن حرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يماوي عشرة دراهم قطع وعن
أبي يوسف رحمه الله أنه لا يقطع لأن له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فإنه
يوجب القيمة وتملك المضمون وصار كالمشتري إذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ولهما
أن الأخذ وضع سببا للضمان لا للملك وإنما الملك يثبت ضرورة أداء الضمان كيلا
يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الأخذ وكما إذا سرق البائع
معيبا باعه بخلاف ما ذكر لأن البيع موضوع لإفادة الملك وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين
النقصان وأخذ الثوب فإن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالالتفاق
لأنه ملكه مستندا إلى وقت الأخذ فصار كما إذا ملكه بالهبة فأورث شبهة

باب ما يحدث السارق في السرقة

قوله ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم أي بعد الشق يساوي عشرة دراهم فيشترط
كامل النصاب عند الإخراج **قوله** لأن فيه سبب الملك وإنما قلنا ذلك لأن المالك بعد الشق بالخيار
أن شاء ملكه الثوب بالضمان لا انعقاد سبب الملك فإن سبب الملك لو لم ينعقد لما وجب
التملك بكرة من الحارق كذا في الأسرار **قوله** وصار كالمشتري إذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع
والجامع بينهما هو أن السرقة تمت على مبيع غير مملوك للحارق ولا يمكن ورده عليه
سبب الملك **قوله** ولهما أن الأخذ وضع سببا للضمان لا للملك أي هذا الأخذ الذي
فيه خرق فاحش واللام فيه للعهد يدل عليه قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الواحد
قوله وكما إذا سرق البائع معيبا بآفة ولم يعلم المشتري العيب فإنه يقطع وإن انعقد
سبب البرو وهو العيب فثبت له الملك للبائع فكذلك هنا يقطع وإن انعقد سبب الملك

قال ومن سرق سرقاً فقطع في أحدها فهو لجميعها ولا يضمن شيئاً عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يضمن كلها إلا التي قطع لها ومعنى المسئلة إذا حضر أحدهم فإن حضروا جميعاً وقطعت يده خصومة منهم لا يضمن شيئاً إلا تفاق في السرقات كلها لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لنظر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت أموالهم معصومة وله أن الواجب بالكل قطع واحد حق الله تعالى لأن مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط الظهور وعند القاضي أما الوجوب بالجناية فإذا استوفى المستوفى كل الواجب الا ترى أنه يرجع نفعه إلى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف إذا كان النصب كلها لواحد فخاصم في البعض والله أعلم.

تعذر إيجاب الضمان فلا يطلق له الانتفاع وهذا كالمسلم إذا دخل دار الحرب بأمان وأخذ شيئاً من أموالهم لم يحكم عليه بالرد ويلزمه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى وكذلك الباغي إذا أتلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان ويفتى بذلك فيما بينه وبين الله تعالى وكذلك الحربي إذا أخذ شيئاً من أموالنا ثم أسلم لم يحكم عليه بالرد ويفتى بالرد فيما بينه وبين الله تعالى وكذا السارق إذا استهلك المال المسروق يفتى بإدائه الضمان فيما بينه وبين الله تعالى والآصل في هذه المسائل كلها أن كل فعل انعقد سبباً لوجوب الضمان وتعذر إيجابه بعارض ظهر أثر ذلك العارض في حق الحكم وأما الفتوى فيما بينه وبين الله فيعتبر قضية السبب.

قوله لأن مبنى الحدود على التداخل ومعنى التداخل الاكتفاء بحد واحد **قوله** فإذا وجد القطع وقع عن الكل فإن قبل الخصومة شرط لبصر الخصم بإزالة المال إذا يصح البذل من واحد عن الكل فلنابذل المال له قوط معصيته أمر شرعي ثبت بناء على امتناع القطع لا باعتبار العبد الا ترى أنه يحتوفه من يملك البذل ومن لا يملكه كالأب والوصي والله أعلم بالصواب.

فان سرق ثوبا فصبغه أحمر فقطع فيه لم يترخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يترخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع بينهما كون الثوب أصلا قائما وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه مصبوغا يضمن ما زاد اذا صبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى الا ترى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا وان صبغه اسود اخذ منه في المذهبين يعني عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله هذا والاول سواء لان السواد زيادة عندة كالحمرة وعند محمد رحمه الله زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك وعند أبي حنيفة رحمه الله السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك والله تعالى اعلم بالصواب .

قوله فرجحنا جانب السارق فان قيل لو انقطع حق المالك يملكه السارق من حين صبغه فيجب ان يمتنع القطع قلنا انما يوجب القطع باعتبار الثوب الابيض وهو لم يملكه بوجه من الوجوه فصار كحطة طحنها السارق يجب القطع وان ملك الذبيق لان القطع انما يجب بسرقة الحطة وبالطحن يملك الذبيق دون الحطة تحققة ان ثبوت الملك للسارق لرجحان الصنع لكونه متقوما دون الثوب وعدم تقوم الثوب بعد القطع فلا يكون الملك ثابتا قبله **قوله** فاستويا من هذا الوجه اي من حيث ان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى ورجحنا جانب المالك بما ذكرنا اي ما ذكرنا من كون الثوب أصلا قائما فان الثوب باق بنفسه والصبغ باق بالثوب **قوله** وان صبغه اسود اخذ منه في المذهبين يعني مذهب أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فعند أبي حنيفة رحمه الله

وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك
اذ ليس له اختيار تضمن كل القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة
تمت على اللحم ولا قطع فيه ومن سرق ذهبا وفضة يجب فيه القطع فصنعه د راهم او د نانبر
قطع فيه وترد الد راهم والد نانبر الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
تعالى عليه وقال لا سبيل للمسروق منه عليها واصله في الغصب فهذا صنعة متقومة
عندهما حلالة ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لا يملكه وقيل على قولهما
لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصفة شيئا آخر فلم يملك عينه

وهو لشق وان كان الخرق اتلا فالم يقطع لانه استقر الضمان وانه ينفي القطع
وقال ابو يوسف رحمه الله يقطع كذا في الايضاح وذكر الامام الترمذ شي رحمه الله
في حد الاتلاف ان ينقض اكثر من نصف القيمة .

قوله وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا وقيل في حد الفاحش ان ينقص ربع القيمة
وقيل ما لا يصلح الباقي لثوب ما والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض
المنفعة والبصير ما يفوت به شيء من المنفعة كذا ذكره الامام الترمذ شي
رحمة الله تعالى عليه فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لعدم سبب الملك لانه ليس له اختيار
تضمن كل القيمة بل له تضمن قيمة النقصان فان قيل قد اوجبتم مع القطع ضمان
النقصان وهما لا يجتمعان قلنا انما لا يجتمعان كيلا يؤدي الى الجمع بين جزاء الفعل
وبدل المحل في جناية واحدة وهنا لا يؤدي اليه اذا لقطع يجب بالسرقة وضمان
النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة في شيء **قوله** يجب فيه القطع من صورة
المسئلة اي سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع بان يساوي عشرة دراهم
قوله فلم يملك عينه اي عين المسروق وهو الذهب والفضة وانما ملك المصروب

وهي اربعة هذه الثلاثة المذكورة والرابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنائيات
تفاوت على الاحوال فالأثق تغلظ الحكم بتغلظها

وذكر في المبسوط واذا قطع قوم من المسلمين او من اهل الذمة على قوم من المسلمين او من
اهل الذمة ممتنعين اي متقوين بانفسهم بحيث يمنعون تعرض الغير عن انفسهم او واحد
يقدر على الامتناع اي على التقوي ومنع تعرض الغير عن نفسه بقوته وشجاعته قتلهم الامام
حدا حتى لا يسقط القتل بعفو الاولياء ويسقط ضمان المأخوذ حقا للعبد والاصل فيه قوله
تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله لايه اي يحاربون اولياء الله على حذف
المضاف لان احدا لا يحارب الله ولان المسافر في البراري في امان الله تعالى وحفظه
متوكلا عليه فالمتعرض له كانه يحارب الله تعالى والمراد منه التوزيع على الاحوال
كانه قال ان يقتلوا ان قتلوا الخ لا التخخير كما قال مالك رح متشبها بظاهرا لاية او ثبت ذلك
بقوله عم من اخذ المال قطع ومن قتل قتل ومن اخذ المال وقتل صلب *

قوله وهي اربعة وذكر الامام الترمذي في رح فالاحوال خمس احدها خوف الاغبر وهذا
عزروا ادنى التعزير وحسبوا حتى يتوبوا والثانية اخذوا الاموال وفي هذا اذا تابوا قبل ان
يؤخذوا ثم اخذوا لم يحسدوا ويؤخذ منهم المال القائم وضمان الهالك ولو اخذوا قبل التوبة
قطعت ايديهم وارجلهم من خلاف يعني اليد اليمنى والرجل اليسرى وردوا المال
القائم ويسقط ضمان الهالك والثالثة جرحوا الاغبر وفيه القصاص فيما يجري فيه القصاص
والارش فيما لا يجري والاستيفاء الى صاحب الحق والرابعة اخذوا المال وجرحوا وهذا
يفتح ايديهم وارجلهم من خلاف وبطل حكم الجراحات لان حكم مادون النفس
حكم الاموال فيسقط والخامسة اخذوا المال وقتلوا او قتل احدهم رجلا بسلاح او غيره
فالحق هنا للامام على ما هو المذكي في الكتاب *

باب قطع الطريق

قال واذا خرج جماعة ممنوعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدا قطع الطريق فاخذوا قبل ان يأخذوا اما لا ويقتلوا انفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما تبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم يأخذوا ما لا قتلهم الا امام حدا والا صل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال

السواد نقصان وليس بزيادة والمسروق اذا انتقص عند السارق لا ينقطع حق المسروق منه فله ان يأخذ الثوب ولا يعطي شيئا وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله السواد زيادة لكن محمد ارحمه الله لا يقول بانقطاع حق المالك بمثل هذه الزيادة كافي الحمره فيأخذها ويعطيه ما زاد الصبغ فيه كافي الحمره وابو يوسف رحمه الله يقول ينقطع حق المالك ولا سبيل عليه كما في الحمره والله تعالى اعلم بالصواب .

باب قطع الطريق

اعلم بان قطع الطريق يسمى السرقة الكبرى اما تسميتها بسرقة لان فاعط الطريق يأخذ المال خفية وسرا ممن اليه حفظ الطريق وهو الامام الاعظم كما ان السارق يأخذ المال سرا ممن اليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك او من يقوم مقام المالك واما تسميتها بالكبرى لان ضرر قطع الطريق على اصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر العرقه الصغرى يخص الملاك باخدمتهم وهتك حرزهم ولهذا فلفظ الحد في حق قطاع الطريق كذا في المحيط قوله واذا خرج جماعة اطلق اسم الجماعة لتناول المصلم والكافر والحر والعبد .

قال محمد رحمه الله يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان مادون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد المرقمة والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تقويت الامن على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معاني الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يتركه ولا نه منصوص عليه والمقصود به التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة في الصلب فيخبر به ثم قال وا يصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي رحمه الله وعن الطحاوي رحمه الله انه يقتل ثم يصلب توفيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به .

ومقطوعة لم يقطع رجله اليمنى واما اذا كانت يده اليمنى مقطوعة يقطع رجله اليسرى كذا ذكره الامام الترمذي رحمه الله تعالى عليه .
قوله وقال محمد رحمه الله تعالى عليه يقتل او يصلب وفي عامة الروايات قول ابي يوسف مثل قول محمد رحمه الله **قوله** لانه جناية واحدة وهي قطع المارة عن الطريق **قوله** كحد السرقة والرجم يعني ان السارق اذا زنى وهو محصن فانه يرجم لا غير لان القتل يأتي على ذلك كله **قوله** والتداخل في الحدود لا في حد واحد الا ترى ان الجملدات في الزنا لا تتداخل فان قيل هذا فاسد لان الامام ان يقتله ويدع القطع وعلى قود هذا التعليل ليس له ولاية ترك القطع كما ليس له ولاية ترك بعض الجملدات فلنا ولاية ترك القطع لا بطريق التداخل بل لانه ليس عليه مراعاة الترتيب في اجراء حد واحد وكان له ان يبدأ بالقتل لذلك ثم اذا قبله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده

أما الحبس في الأولى فلا نه المراد بالنفي المذكور لانه نفى عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكرالاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بينها لما تلونا ه وشرط ان يكون المأخوذ مال مسلم او ذمي لتكون العصمة موبدة ولهذا لوقطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه الا بتناوله ما لانه خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بينها لما تلونا ه ويقتلون حدا حتى اوعفا الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع والارابعة اذا قتلوا واخذوا المائل فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم او صلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم

قوله اما الحبس في الأولى اي في الحالة الاولى وهي ما اذا اخذ واقبل ان يأخذوا ما لا ويقتلوا نفسا فلا نه المراد بالنفي المذكور في الآية وقال الشافعي رحمه الله المراد من النفي الطلب ليهربوا من كل موضع وما قلناه اولى لان العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ بما يوجد له نظير في الشرع اولى من الاخذ بما لا نظير له **قوله** وشرط كمال النصاب وقال مالك رحمه الله المعتبر ان يكون المأخوذ في نفسه نصابا كاملا سواء اخذه الواحد او الجماعة وهكذا مذهبنا في السرقة الصغرى وقال الحسن بن زياد رحمه الله الشرط ان يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعدا لان التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق باخذها عضوا واحدا وهذا المستحق عضوان ولا يقطع عضوان في السرقة الا باعتبار عشرين درهما ولكننا نقول يغلظ الحد هنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ ففي النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء **قوله** كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة حتى اذا كان يده اليسرى شلاء

للاستثناء المذكور في النص اولان التوبة ينوقف على رد المال ولا قطع في مثله يظهر
حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو

الامام حدا لانهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيئا من المال قتلهم الامام حدا لانصاصا وهذا لان
مادون النصاب لمالم يتعلق به حكم كان وجوده كعدمه اولانه تتغلظ جنايتهم باخذ شي
من المال وما تتغلظ به الجناية لا يكون مسقطا ولكن ما قلناه اصح وهو المذكور في
الكتاب لان وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود والظاهر انهم يقصدون بقطع الطريق
اخذ المال وانما يقدمون على القتل ليمكنوا من اخذ المال واذالم يأخذوا عرفنا ان مقصودهم
لم يكن المال وانما كان القتل فاحدنا عليهم الحد قتلا بالقتل الموجود منهم فاما اذا
اخذوا الاموال عرفنا ان مقصودهم كان اخذ المال وان اقدامهم على القتل كان للتمكن من
اخذ المال فباعتبار ما هو المقصود لا يمكن الجواب الحد عليهم اذا كان ما يصيب كل واحد
منهم مادون النصاب كذا في المبعوط وهذه المسئلة من اعجب المسائل وامر بحفظها
وكونها اعجب من حيث ان ازدياد الجناية باخذ ما دون النصاب مع القتل اورث
في حقه خفة في فعله حيث جعل للعفو مجالا بخلاف ما لو لم يأخذ شيئا وقيل ليس للعفو
فيه مجال بل يقتل حدا .

قوله للاستثناء المذكور فان قيل لم ينصرف الاستثناء الى الجملة الا خيرة كما
في آية القذف فما وجه الفرق قلنا لان قوله اولئك هم الفاسقون لا يصلح جزاء
بل هي حكاية حال قائمة فصارت هذه الجملة فاصلة بين الجزاء والاستثناء
فيصبروا للاستثناء على هذه الجملة وهنا العذاب العظيم في الآخرة جزاء فعله
كالذي تقدم فالتحق الاستثناء بالكل **قوله** اولان التوبة ينوقف على رد المال
ليقطع به خصومة رب المال

(كتاب السرقة... باب قطع الطريق)

قال ولا يصيب اكثر من ثلاثة ايام لانه يتغير بعدها فيتأذى الناس به ومن ابي يوسف رحمه الله انه يترك على خشبة حتى يتقطع ويسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة *

قال واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه فان باشر القتل احدهم اجري الحد عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي تحقق بان يكون البعض ردء للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق *

قال والقتل وان كان بعضا او بحجر او بسيف فهو مواع لانه يقع قطعاً للطريق بقطع المارة وان لم يقبل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح من ماله مما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء لانه لاحد من هذه الجناية يظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيمنوفيه الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت اجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاء اعفوا عنه لان الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة

فلا يشتغل كالزاني اذا ضرب خمسين جلدة فمات فانه يترك ما بقي لانه لا مائدة في اقامته كذا في المبسوط *

قوله وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاء اعفوا عنه وكذلك ان اخذ وقبل التوبة وقد قتلوا او جرحوا عمدا ولكن ما اخذ وامن الاموال شيئا فانه لا يصيب كل واحد منهم نصاب فلا يمر في القصاص في النفس وغيرها الى الاولياء فان شاء امنوا وان شاء اعفوا وقد طعن بمسمى رحمه الله في هذه المسئلة وقال يقتلهم

فقد قيل تأويله اذا كان المال مشتركاً بين المقتطوع عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية واحدة على ما ذكرناه فلا امتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقيين بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه اما ههنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد واذا سقط الحمد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرناه

قوله فقد قيل تأويله اذا كان المال مشتركاً بين المقتطوع عليهم قال ابو بكر الرازي رحمه الله المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركاً بين المقتطوع عليهم وفي قطاع الطريق ذرهم محرم من احدثهم حتى لا يجب باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم فيصير شبهة في نصيب الباقيين فاما اذا لم يكن المال مشتركاً بينهم فان لم ياخذوا المال الا من ذي الرحم المحرم فكذلك وان اخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المال المأخوذ من الاجنبي والصحيح انه مجري على اطلاقه لان مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشيء واحد لانهم قصدوا اخذ ذلك كله بفعل واحد فاذا تمكنت الشبهة في بعض ذلك المال في حقهم فهو كتمكن الشبهة في جميعه **قوله** على ما ذكرناه اشارة الى قوله انه جناية واحدة قامت بالكل **قوله** فيهم اي في المقتطوع عليهم **قوله** لخلل في العصمة وهو يخصه نظيره لو سرق مال المسلم مع مال المستأمن من بيت يسكنان فيه يجب القطع على المارق لوجود تمام السرقة وهو اخذ مال معصوم من الحرز وسقوط العصمة في حق المستأمن لا يخل بالسرقة لانه يختص به فكذا هنا **قوله** اما ههنا الامتناع لخلل في الحرز كذا ويمكنها اخو المارق واجنبي فمارق مال الاجنبي لا يقطع لما ان الخلل في الحرز فكذا هنا *

ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه وان كان في القطاع صبي او مجنون او ذورحم محرم من المقتوع عليه سقط الحد عن الباقيين فالمدكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى وعن ابي يوسف رحمه الله انه لو باشر العقلاء بحد الباقون وعلى هذا السرفة الصغرى له ان المباشراصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبعية وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما انه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقيين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العاقد واما ذورحم المحرم

فان الامام لا يقيم الحد الا بخصومة صاحب المال في ماله وقد انقطعت خصومته لوصول المال اليه قبل ظهور الجريمة عند الامام فيسقط الحد

قوله ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه فان قيل ان التوبة لما توقفت على رد المال فكيف يقال بوجوب الضمان اذا هلك في يده وانه يوجب الحد قلنا الكلام فيما اذا تاب وقد رد مال بعض المقتوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض او هلك في يده حيث يصح توبته ويجب الضمان وفي معالي الاخبار للكلابا دي رحمة الله تعالى على من اخذ مال الغير لغرض واطلف البعض ثم ندم على ذلك الصنع ورد ما بقي على عزم تدارك ما فات يكون تائبا وذكروا في الاصل ان رد المال منهم للتوبة فيكون نفس التوبة شبهة في رد الحد فظهر حق العبد في العفو والنضمين **قوله** لو باشر العقلاء بحد الباقون اي الباقون من الذين لم يباشروا القتل من العقلاء البالغين **قوله** وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم اي اذا باشر الصبي والمجنون يسقط الحد لان الخلل ههنا في الاصل وهو المباشرة **قوله** فصار كالخاطئ مع العاقد اي اذا اشترك في القتل فانه لا يجب القود

(٧٠٣) (كتاب السرقة ... باب قطع الطريق)

لما بينا ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على ما قلته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وهي مسألة القتل بالثقل وسنبينه في باب الديات إن شاء الله تعالى وإن خنق في المصر غير مرة قتل به لأنه صار ماعيا في الأرض بالفساد فيدفع شره بالقتل والله تعالى أعلم بالصواب *

وعن أبي يوسف رحمه الله في المصر وفيما بين القرى أن قطعوا بالسلاح حدا وإن قطعوا بحجرا وبخشب نها راوا أن كان ليلا حدا وإن السلاح لا يلبث فلا يلحقه الغوث وأما الخشب والحجر فيلبث فيدركه الغوث ويقل الغوث بالليلي فالأمران فيها على التساوي *

قوله لما بينا إشارة إلى قوله قبله لأنه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد **قوله** ومن خنق بالتخفيف والله تعالى أعلم بالصواب *



(كتاب السرقة... باب قطع الطريق)

فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا عنه واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد نصارت القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق لبلال او نهارا في المصر وبين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي رحمه الله لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه انه يجب الحد اذا كان خارجا مصر وان كان بقربه لا نه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالصلاح او ليلا به او بالخشب فهم قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث والغوث يبطىء باللبالي ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر بقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء

قوله لان الظاهر لحوق الغوث اي من الامام والناس فلا يمتنع التطرق فلا يتحقق القطع ولا ان السبب محاربة الله تعالى وهي انما تتحقق في الممازة لان الممازة لا يلحقه الغوث فيها فيصبر في حفظ الله تعالى معتمدا عليه فمن يتعرض له يكون محاربا لله تعالى فاما في المصر وفيما بين القرى فيلحقه الغوث من السلطان والناس وهو يعتمد عليهما فيتمكن النقصان في فعل من يتعرض له من حيث محاربة الله تعالى فلا يحد وقال بعض المتأخرين ان ابا حنيفة رحمه الله اجاب بذلك بناء على عادة اهل زمانه فان الناس في المصر وفيما بين القرى كانوا يحملون السلاح مع انفسهم فيتحقق بذلك دفع قاصد قطع الطريق ولو تحقق يكون نادرا فلا يبنى الحكم عليه وكذا يندوبين الحيرة والكوكة لاتصال عمران احد الموضوعين بالموضع الآخر فاما الآن فقد صار كالبرية وتركوا عادة حمل السلاح في الامصار فيتحقق قطع الطريق في الامصار وفيما بين القرى

وان لم يَقم به احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فحينئذ يصبر من فروض الا اعيان لقوله تعالى انفروا خفا وثقالا الاية وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المحملين في "سعة حتى يحتاج اليهم

قوله وان لم يَقم به احد اثم جميع الناس بتركه لانه انما سقط الفرض عن الكل لحصول الكفاية بالبعض فاذا لم يحصل هذا المعنى تعين الفرض على كل الناس وانما شرط في ذلك من كان فيه غنى ورفاع لان من لا ينتفع به عاجز عن اقامة الفرض والتكليف لا يتأتى مع العجز كما في سائر العبادات كذا في الايضاح **قوله** فحينئذ يصبر من فروض الا اعيان لقوله تعالى انفروا خفا وثقالا الاية قيل خفا في النفير لنشاطكم وثقالا عنه لمشقته عليكم وقيل خفا من السلاح وثقالا عنه وقيل ركبا و مشاة وقيل مهازيل وسمانا وقيل عزابا ومناهلين وقيل شبانا وشيوخا وقيل مشاغيل وغير مشاغيل وقيل اغنياء وفقراء وقيل خفا الى المنازل وثقالا في المصابرة فان قيل هذه الآية باطلا فهي تدل على ان يكون الجهاد من فروض الا اعيان في جميع الاحوال لانها غير مختصة بالنفير فما وجه التخصيص بالنفير العام مع ان العبرة لعموم اللفظ فلنا عرف كون الجهاد من فروض الكفاية فيما اذا لم يكن النفير عاما بآية اخرى والسنة وشي من المعقول اما الآية فهي قوله تعالى لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير اولى الضرر الى قوله وكلا وعد الله الحسنى والله تعالى وعد للقاعدين الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق القاعدون الائمة دون الحسنى واما السنة فقد صح ان النبي عليه السلام حين خرج الى الغزو ما كان يخرج كل اهل المدينة فلو كان فرض عين لم يدع احدا منهم واما المعقول فهو ما ذكر في الكتاب ان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد

كتاب السير

الصبر جمع صبرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عم في مغاربه
قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقيين
 اما الفرصة فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين كافة كما يقاثلونكم كافة ولقوله عليه السلام
 الجهاد ماض الى يوم القيامة وارا د به فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية لانه
 ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه وانما فرض لا عازدين الله ودفع الشر عن
 العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقيين كصلوة الجنائز ورد السلام

كتاب السير

الصبر هي جمع صبرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام
 في مغاربه وفي المنشور الصبر جمع صبرة وهي فعلة من السير وقد يراد به الصبر الذي هو قطع
 الطريق وقد يراد به الشبه في المعاملات يقال سار ابو بكر بسيرة رسول الله صلى الله عليه
 وسلم وصميت المغازي صبرا لان اول امورها الصبر الى العدو وان المراد بها سير الامام
 ومعاملاته مع الغزاة والانصار ومنع العداة والكفار وذكروا في المغرب اصل الصبرة حالة
 السير لانها غلبت في لسان صاحب الشرع على امور المغازي وما يتعلق بها كما لمناسك
 على امور الحج وقالوا الصبر الكبير فوصفوها بصيغة المذكر لقيامها مقام المضاف الذي
 هو الكتاب كقولهم صلى الظهر والسير الكبيرة خطأ كجامع الصغير وجامع الكبير

قال ويكره الجعل على القتال مادام للمسلمين في لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال يعدل نوائب المسلمين *

قال فاذا لم يكن فلا بأس بان يقوى بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الا على بالحق الا دنى يؤيده ان النبي عليه السلام اخذ دروعاً من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليفة ويعطى الشاخص فرس القاعد والله تعالى اعلم بالصواب *

اي الكفار الذين امتنعوا عن الاسلام وعن اداء الجزية وان لم يبدؤوا وانما ذكر هذا لان ظاهر قوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم يدل على ان قتال الكفار انما يجب اذا بدؤوا بالمقاتلة وليس كذلك بل يجب مقابلتهم وان لم يبدؤوا اعلم ان رسول الله عليه السلام كان مأموراً في الابتداء بالصفح والاعراض عن المشركين قال الله تعالى فاصفح الصفيح الجميل وقال تعالى واعرض عن المشركين ثم امر بالدماء الى الدين بالموظنة والمجادلة بالاحسن قال تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجاد لهم بالتي هي احسن ثم امر بالقتال اذا كانت البداءة منهم فقال اذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا اي اذن لهم في الدفع وقال تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم وقال تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ثم امر بالقتال ابتداء في بعض الازمان قال الله تعالى فاذا انسلكوا اشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذوهم ثم امر بالبداءة بالقتال مطلقاً في الازمان كلها وفي الاماكن كلها قال الله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة *

قوله ويكره الجعل اراد بالجعل ما يضرب الامام للغزاة على الناس بما ينقوي به الذين يخرجون الى الجهاد قوله فلا بأس بان يقوى بعضهم بعضا لانه اعانة على

فأول هذا الكلام إشارة إلى الوجوب على الكفاية وآخره إلى النفير العام وهذا لأن المقصود عند ذلك لا يتحصل إلا بإقامة الكل فيفترض على الكل وقتال الكفار واجب وإن لم يبدؤا للعمومات ولا يجب الجهاد على الصبي لأن الصبي مظنة المرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا أعمى ولا مقعد ولا انقطع لعجزهم فإن هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير إذن زوجها والعبد بغير إذن المولى لأنه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كافي الصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير لأن بغيرهما مقنعا فلا ضرورة إلى إبطال حق المولى والزوج

قوله فأول هذا الكلام إشارة إلى الوجوب على الكفاية أراد بأول الكلام الجهاد واجب إلا أن المسلمين في سعة الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثبوت فكان بمجموعة إشارة إلى الوجوب وآخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم إشارة إلى انتهاء حكم السعة وذكر في الذخيرة فإذا جاء النفير انما يصبر فرض عين على من يقرب من العدو وهم يقدررون على الجهاد فاما من وراءهم يبعد من العدو فهو فرض كفاية حتى يصعهم تركه إذا لم يحتاج اليهم فاما إذا احتج اليهم بان عجز من كان يقرب من العدو من المقاومة مع العدو ولم يعجزوا عن المقاومة إلا أنهم تكاملوا ولم يجاهدوا فإنه يفترض على من يليهم فرض عين كالصوم والصلوة ولا يصعهم تركه ثم وثم إلى أن يفترض على جميع أهل الإسلام شرقا وغربا على هذا التدرج ونظيره الصلوة على الميت فإن من مات في ناحية من نواحي البلدة فعلى جيرانه وأهل محله أن يقوموا بأصابه ولبس على كل من كان يبعد من الميت أن يقوم بذلك وإن كان الذي يبعد من الميت يعلم أن أهل المحلة يضعون حقوقه أو يعجزون منه كان عليه أن يقوم بحقوقه كذا ههنا ثم يستوي أن يكون المستنفر عدلا أو فاسقا يقبل خبره في ذلك **قوله** وقتال الكفار واجب

والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور فيه في القرآن والله اعلم ولا يجوز ان يقتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا ان يدعو له لقوله عليه السلام في وصية امراء الاجناد فادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله ولا نهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفي مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين او الا حراز بالدار فصار قتل النساء والصبيان ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة مبالغ في الانذار ولا يجب ذلك لانه صبح ان النبي عليه السلام اغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد الى اسامة رضي الله تعالى عنه ان يغير على ابني صبا حاتم يحرق والغارة لا تكون بدعوة •

قالوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الى ان قال حتى يعطوا الجزية **قوله** والمراد بالبذل القبول بطريق اطلاق اسم المسبب على السبب اذا القبول سبب البذل لانه مفض اليه وهذا كما في قوله تعالى فان تابوا واقاموا الصلوة وآتوا الزكاة اي قبلوا **قوله** وكذا المراد بالاعطاء المذكور في القرآن اراد به قوله تعالى حتى يعطوا الجزية **قوله** فنكفي مؤنة القتال بالنون على بناء المفعول **قوله** للنهي وهو ما روي انه عليه السلام قال اعلي رضي الله تعالى عنه ولا تقاتل فوما حتى تدعوهم الى الاسلام لان يهدي الله تعالى احدا على يدك خير لك مما طلعت عليه الشمس وغربت **قوله** ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين اي عند الشافعي رحمه الله او الاحراز بالذراري عندنا وقال الشافعي رحمه الله حرمة القتل قلنا العاصم عندك هو الدين ولم يوجد بمجرد حرمة القتل لا يكفي لوجوب الضمان كما في قتل النساء والصبيان وعندنا الا حراز بالدار ولم يوجد ابني بوزن حبلني موضع بالشام •

باب كيفية القتال

واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام لما روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام ما قاتل قوما حتى دعوهم الى الاسلام فان اجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال النبي عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحمد لله وان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية به امر رسول الله عليه السلام امراء الجبوش ولانه احد ما ينهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من يقبل منه الجزية ومن لا يقبل منه كما لمرتدين وعبد الاوثان من العرب لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون فان بذلوا فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدماؤنا واما ما لهم كما وانا

البر وجهاد بالمال وكلاهما منصومان واحوال الناس في الجهاد يتفاوت فمنهم من يقدر عليه بالنفس والمال لقدرته عليهما ومنهم من يقدر عليه بالنفس لقدرته دون المال لفقره ومنهم من يقدر بالمال لغناه دون النفس لعجزه فيجهز اغني بماله للفقير القادر حتى يكون الخارج مجاهدا بنفسه والقاعد بماله والمؤمنون كالبنيان يشد بعضهم بعضا والله تعالى اعلم بالصواب •

باب كيفية القتال

قوله فحاصروا مدينة او حصنا حاصره العدو ومحاصرة وحصارا اذا سبقوا عليه واحاطوا به مدن الرجل بالمكان اقام ومنه سمي المدينة والحصن بالكسر كل مكان محمي محروس لا ينوصل الى ما في جوفه فالمدينة اكبر من الحصن **قوله** على ما نطق به النص وهو قوله تعالى

لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار لانه ان تعدوا التمييز فعلا فلقد امكن قصد اراطة الطاعة بحسب الطائفة وما اصابوه منهم لادية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لاتقرن بالفروض بخلاف حالة المخصصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد بني على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان *

مجتمعه كما ان تلك مجتمع الولد كذا في المغرب .

قوله لما بينا اشارة الى قوله لان في الرمي دفع الضرر العام **قوله** وما اصابوه منهم لادية عليهم ولا كفارة وقال الشافعي رحمه الله فيه الدية والكفارة لان هذا هو عين صورة قتل الخطأ لانه يقصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم وانا نقول اذا كان عالما بحقيقة حال من يصيبه عند الرمي لم يكن فعله خطأ بل كان مباحا مطلقا والمباح المطلق لا يوجب الكفارة والدية كذا في المبسوط فان قيل ينبغي ان تجب الدية عليهم لقوله عليه السلام ليس في الاسلام دم مفرج (مفرج) اي مبطل فلناخص عن هذا الحديث قاتل قطاع الطريق والبلغاة فيخص المتنازع فيه لضرورة اعلاء كلمة الله **قوله** بخلاف حالة المخصصة اي يجب الضمان اذا اكل مال الغير حالة المخصصة وهذه هي التي فاس عليها الحسن بن زياد فقال اطلاق الرمي لضرورة اقامة الجهاد لا ينفي الضمان كتناول مال الغير حالة المخصصة بطلق لمكان الضرورة فيجب الضمان هذا بخلاف حالة المخصصة لانه لا يمتنع من تناول مال الغير مخافة الضمان لان فيه احياء نفسه اما الجهاد فلان بناء على تلاف نفس هو ادا الكفار وقد يكون فيها مسلمون فلو وجب الضمان بقتالهم لا منعوا عن القتال وهو فرض .

قال فان ابوا استعانوا بالله عليهم و حاربوهم لقوله عليه الصلوة والسلام في حد يث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولا نه تعالى هو لنا صرلا وليائه والمدمر على اعدائه فيصنعان به في كل الامور.

قال ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله عليه الصلوة والسلام على الطائف وحرقوهم لانه عليه السلام احرق البويرة *

قال وارسلوا عليهم الماء و قطعوا اشجارهم وانعدوا زروعهم لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام و قتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولا نه فلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانصد بابه وان تترسوا بصبيان المسلمين او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم

البويرة بوزن لفظ مصغرا لدار موضع.

قوله ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير وقال الحسن بن زياد اذ اعلم ان فيهم معلما و انه يتلف بهذا الصنع لم يحل ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائزا لا ترى ان للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين وكان مراعاة جانب المسلم الاولى ولكننا نقول امرنا لقتالهم ولو اعتبرنا هذا المعنى ادى الى سد باب القتال معهم فان حصونهم ومدائنهم قل ما يخلو عن مسلم عادة ولا نه يجوز لنا ان نفعل ذلك بهم وان كان فيهم نساءهم وصبيانهم فكما لا يحل قتل المسلم لا يحل قتل نساءهم وصبيانهم كذا في المبسوط

قوله عن بيضة الاسلام اي مجتمعة للشبه المعنوي بينها وبين بيضة النعامة وغيرها وهوانها

والشافعي رحمه الله تعالى عليه يخالفنا في الشيخ الفاني والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صرح ان النبي عليه السلام نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم امرأة مغلولة قال هاهنا ما كانت هذه تقا تل فلم تقتل *

قال الا ان يكون احدهما ممن له رأي في الحرب او تكون المرأة ملكة لتعدي ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولان القتال مبيح حقيقة ولا يقتل مجنوناً لانه غير مخاطب الا ان يقتل دفعا لشره غيران الصبي والمجنون يقتلان مادام اياهما زلان وغيرهما لا باس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه وان كان مجنوناً ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح ويكره ان يبتدئ الرجل اياه من المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفاً ولانه يجب عليه احياءه بالانفاق فيما نضه الا طلاق في افئائه

هذا الجواب في الشيخ الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفيين ولا يقدر على الاحبال لانه اذا كان قادراً على الاحبال يحبي منه الولد فيكثر من يجارب المسلمين *

قوله والشافعي رحمه الله تعالى عليه يخالفنا في الشيخ والمقعد الى قوله والحجة عليه ما بينا اشارة الى قوله ولهذا لا يقتل يا بس الشق اي لو كان نفس الكفر علة لقتل يا بس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف **قوله** والذراري اي النساء ههنا **قوله** هاهنا كلمة تعجب **قوله** الا ان يكون احدهما ممن له رأي في الحرب وقد صرح ان النبي عليه السلام قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وفي رواية ابن مائة وستين سنة لانه كان صاحب رأي كذا في الذخيرة *

قال ولا لباس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكريا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كما لم يتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والغضب وتعرض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بهامغايطه للمسلمين وهو التأويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا با لقرآن في ارض العدو ولو دخل مسلم اليهم بامان لا لباس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والعجايز يخرجون في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة فاما الشواب فمقامهن في البهوت ادفع للفتنة ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند ضرورة ولا يستحب اخراجهن للخدمة والخدمة فان كانوا لا بد مخرجين فبالاماء دون الحرائر ولا تقاتل المرأة الاباذن زوجها ولا العبد الاباذن سيده لما بينا الا ان يهجم العدو للمضرورة وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تغلولوا السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانبا ولا مقعدا ولا اعمى لان المبيع المقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم وهذا لا يقتل لباس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف

قوله لما بينا اشارة الى قوله اتقدم حق الموالي والزوج **قوله** والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر قال عليه السلام لا تمثلوا بانامية الله تعالى اي بخلق الله تعالى وروي عن عمران بن الحصين رضي الله عنه انه قال ما قام رسول الله عليه السلام فينا خطيبا بعد ما مثل العرنيين الا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تأكيد الحرمة كذا في المبموط **قوله** ولا شيخا فانبا ذكر في الزخيرة

ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى وان صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح انفع نبذ اليهم الامام وقتلهم لانه عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا و ايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى فلا بد من النبذ تحريزا عن الغدر وقد قال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفى الغدر.

فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ولا تحجب عليك ان الصلح انما شرع نفعا في حق المسلمين فلو وجب اصرار حقا عليهم فينقلب الحكم على عكسه وهذا كالا اصطبياد شرع حقا لنا ولو وجب اصرار حقا علينا فان قيل الآية عامة تقتضي ان لا يكون في المصلحة باس كان فيها مصلحة او لم تكن وقد تبدلت بالمصلحة فلا هذه الآية محمولة على ما اذا كانت في المصلحة مصلحة للمسلمين بدليل آية اخرى وهي قوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الا علون وبدليل الآيات الموجبة للقتال والا يلزم التناقض لان موجب الامر بالقتال مخالف لموجب الامر بالمصلحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو ما ذكر في الكتاب .

قوله ولا يقتصر الحكم على المدة المروية وهي عشرين فكانت هذه المدة من المقدرات التي لا تمنع الزيادة والنقصان لان مدة الموادعة تدور مع المصلحة وهي قد تزيد وقد تنقص **قوله** لتعدي المعنى وهو دفع الشر لما انه يحتمل ان يكون مصلحة المسلمين فاما زاد على عشرين بخلاف ما اذا لم يكن خيرا حيث لا يجوز للامام ان يوادعهم لقوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم ولا تقاتل المشركين فرض وترك ما هو فرض من غير عذر لا يجوز **قوله** لانه ترك الجهاد صورة ومعنى

(كتاب الصير باب الموادة ومن يجوز امانه)

فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره لان المقصود يحصل بغيره من غير اتحامه الماثم وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا باس به لان مقصوده الدفع الا ترى انه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله لما بينا فهذا اولى والله تعالى اعلم بالصواب •

باب الموادة ومن يجوز امانه

واذا رأى الامام ان يصلح اهل الحرب او فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به لقوله تعالى وان جنحو للمسلم فاجنح لها وتوكل على الله وادع رسول الله عليه السلام اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشرين ولان الموادة جهاد معنى اذا كان خير للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به

قوله فان ادركه امتنع عليه وذكر في الذخيرة واذا ظفر الابن بابيه في الصف لا ينبغي ان يقصده بالقتل ولا ينبغي ان يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حربا على المسلمين ولكنه يلجئه الى موضع يحتملك به حتى يجي غيره فيقتله ولو كان المشرك اخاله ان يبتدىء بقتله فان قيل قد سوي بين الاخ الباغي والاب الباغي حتى لا يحصل للعادل ان يبتدىء كل واحد منهما بالقتل فلم فرق ههنا بينهما قلنا الاخ اذا كان مسلما يجب احياؤه بالانفاق عليه كذا يجب احياؤه بالكف من قتله وان كان باغيا واذا كان كافرا لا يجب احياؤه بالانفاق عليه فكذا لا يجب احياؤه بالكف من قتله بخلاف الوالد بن فانه يجب احياؤه ههنا اذا كان كافرا بالانفاق عليهما فكذا يجب الاحياء بالكف من قتلها والله تعالى اعلم بالصواب •

باب الموادة ومن يجوز امانه

قوله واذا رأى الامام ان يصلح اهل الحرب او فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين

الاذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن ولا ينبغي ان يباع
 السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم لان النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من
 اهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيسنع من ذلك وكذا
 الكراع لما بينا وكذا الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض
 والا انقضاء فكانوا احربا علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص
 فانه عليه السلام امر ثمامة ان يدير اهل مكة وهم حرب عليه والله تعالى اعلم بالصواب *

قوله الا اذا خاف الهلاك اي الا اذا خاف الامم الهلاك على نفسه ونفس سائر
 المسلمين حينئذ لا بأس ان يفعل لما روي ان المشركين لما احاطوا بالخنديق وصار المسلمون
 كما قال الله تعالى هنالك ابتلي المؤمنون وزلزلوا زلا شديدا بعث رسول الله عليه السلام
 ابي عبيدة بن حصين وطلب منه ان يرجع بمن معه على ان يعطيه كل سنة ثلث ثمار
 المدينة فابى الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدي رسول الله عليه السلام قام سيدا
 الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عباد رضي الله عنهما وقال يا رسول الله ان كان هذا وحيا
 فامض بما امرت به وان كان رأيا رأيته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم
 دين وكانوا لا يطمعون في ثمار المدينة الا شري او قرى فاذا اعزنا الله تعالى في الدين
 وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم الا بالسيف فقال عليه السلام اني رأيت العرب ومنكم
 عن قوس واحدة فاحببت ان اصرفهم عنكم فان ابستم ذلك فانتم وذلك اذهبوا ولا يعطيكم
 الا بالسيف فقد مال رسول الله عليه السلام الى الصلح في الابتداء لما احس الضعف
 بالمسلمين فحين رأى القوة فيهم بما قال السعدان امتنع من ذلك وقد كان رسول الله
 عليه السلام يعطى المؤلفة فلطوبهم من الصدقة لدفع ضررهم عن المسلمين فدل انه لا بأس
 بذلك عند خوف الضرر كذا في المبسوط **قوله** لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن

قال وان بدوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك با تفاقهم لانهم صاروا نافضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقض للعهد ولو كانت لهم منعة وقتلوا المسلمين علانية يكون نقضاً للعهد في حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا نافضين للعهد لانه با تفاقهم معنى واذا رأى الامام موادة اهل الحرب وان يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به لانه لما جازت الموادة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كانت بالمسلمين حاجة اما اذا لم يكن لا يجوز لما بينا من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية هذا اذا لم ينزلوا بها حتى بل ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال فهو غنيمة بخمسها ويقسم الباقي بينهم لانه مأخوذ بالقهر معنى واما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظروا في امرهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تاخير قتالهم طمعا في اسلامهم ولا يأخذ عليه مالا لانه لا يجوز اخذ الجزية منهم لما تبين ولو اخذه لم يردده لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو والمسلمين وطلبوا الموادة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعل الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحق المذلة باهل الاسلام

اما صورة فظاهر حيث ترك القتال واما معنى فانه لما لم تكن فيه مصلحة للمسلمين لم تكن في تلك الموادة دفع الشرف لم يحصل الجهاد معنى ايضا *
قوله لما بينا من قبل اي ان المقصود من الجهاد اعلاء كلمة الله تعالى لا سلب الاموال الا ان اخذ المال بجوز الحاجة للمسلمين **ك**الجزية **قوله** اذا لم ينزلوا بها حتى اي اذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب **قوله** ولو اخذه لم يرد عليهم لانه مال غير معصوم في الرد عليهم معونة لهم على القتال

ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته • محله
ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان وكذا الامان لا يتجزى
فينكامل كولاية الانكاح *

قال الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم كما اذا امن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة
في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام
الامان لما بينا ويؤد به الامام لا فتياه على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه
ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذورا ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم
وكذا الولاية على المسلمين

قوله ولانه من اهل القتال اي ولان كل واحد من الرجل والمرأة فانها ايضا من اهل
القتال بالتسبيب وهو ما بالمال او بعبدها واما قوله عليه السلام ما كانت هذه تقاتل اي
بنفسها في المبسوط وروي ان زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنها امن
زوجها اباعاص بن الربيع فجاز رسول الله عليه السلام امانها **قوله** لملاقاته محله اي لملاقاة
الامان محله لان محل الامان هو محل الخوف وهو موجود فيهما على ما ذكرنا ثم يتعدى
الى غيره اي الامان يتعدى الى غيره اي غير الذي آمن من اهل الاسلام كما في شهادة
هلال رمضان فيلزم عليه الصوم ولا ثم يتعدى منه الى غيره ولذلك تقبل شهادة الفرد فيه لانه
غير متهم ولان سببه وهو الايمان اي التصديق بالقلب لا يتجزى فكذا الامان لا يتجزى
كولاية الانكاح فانه اذا وجد الانكاح من احد الاولياء المتساويين في الدرجة يلزم
صحته النكاح في حق كل الاولياء لان سبب الولاية وهو القرابة غير منجز فلا تجزى الولاية
نظيره الصغيرة اذا كان لها اخوان يكون لكل واحد منهما ولاية التزويج فكذلك ههنا
قوله ويؤد به الامام اي يؤدب الذي امن لا فتياه على رأيه الامام واستبداده

فصل

اذا امن رجل حراً وامرأة حرة كافراً وجماعة او اهل حصن او مدينة صح امانتهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم والا صل فيه قوله عليه السلام المسلمون تنكأ فداؤهم يسعى بذمتهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد

وفي هذا التعميم شبهة وهي انه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا بقتل غيره لا يجب عليه دفع الهلاك عن نفسه بقتل غيره بل الصبر عن قتل الغير واجب وكذلك لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا بالزنا فكان معنى المذكور في الكتاب لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن سوى المستثنيات التي لا اباحة في مباشرتها او رخص فيها ولم يجب الاقدام عليها يقال ماراهله اي اتاهم بالطعام والله اعلم بالصواب •

فصل

قوله صح امانتهم هذا من قبيل اضافة المصدر الى المفعول وهو جماعة الكفار او اهل الحصن منهم والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تنكأ فداؤهم اي ينساؤني في حكم القصاص والدية لا فضل لشريف على وضع فيكون دليلاً على مساواة العبد الحر في حكم القصاص ويسعى بذمتهم ادناهم اي اقلهم لانه يذكر الادنى ويراد الاقل قال الله تعالى ولا ادنى من ذلك ولا اكبر ويقال ادنى الجمع ثلثة ثم المراد من الاقل ههنا الواحد لانه لا اقل منه وسئل محمد رحمه الله عن ذلك فقال ادنى المسلمين العبد ولكننا نقول ادناهم اقلهم فيكون دليلاً على صحة امان الواحد وقيل المراد بالفاصل لانه لا يظن برسول الله عليه السلام ان ينسب العبد الورع الى الذناء وقيل معنى اقربهم الى اهل الحرب وهو من يسكن الثغور مشتق من الدنو وهو القرب لا من الذناء كذا في المبسوط

فالايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والا متناع لتحقيق ازالة الخوف به
والتأثير اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل
هذه الحالة وانما لا يملك المسابقة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد
القول ولا يبي حبيفة رحمة الله تعالى عليه انه محجور عن القتال فلا يصح امانه
لانهم لا يخافونه فلم يلاق الا امان محله بخلاف المأذون له في القتال لان الخوف منه
منحقق ولانه انما لا يملك المما بقة لما انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعري
عن احتمال الضرر في حقه والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه قد يخاطي بل
هو الظاهر وفيه سبب الاستغنام بخلاف المأذون لانه رضي به والخطأ نادر لمبا شرته القتال
وبخلاف المؤبد لانه خلف عن الاسلام

قوله فالايمان لكونه شرطا للعبادة يشير الى قوله ولانه مؤمن ممتنع فيصح جعل
كونه مؤمنا ممتنعا علة لصحة امانه يعني انما شرط الايمان لان الجهاد عبادة
والكافر ليس باهل لها وشرطنا الامتناع اي كونه ذا امتناع وقوة ليكون الامان
من محله وهو الذي يخاف منه بخلاف امان الامير والتاجر الذي في ايديهم
حيث لم يصح لانهم لا يخافونه **قوله** والتأثير اعزاز الدين اي الفائدة في هذا
الامان اعزاز الدين واقامة المصلحة لجماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه
الحالة اي انما يصح امان العبد المحجور على اعتبار ان يكون فيه نفع
للمسلمين **قوله** والامان نوع قتال لان المقصود بالقتال دفع شرهم عن المسلمين
وبالامان يحصل ذلك فيكون نوع قتال **قوله** وفيه ما ذكرناه اي في امان العبد
المحجور ما ذكرناه في قتاله من انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعري
من احتمال الضرر في حقه •

قال ولا اسير ولا تا جريد خل عليهم لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والا مان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعري الا مان من المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا وتاجرا فينخلصون بامانه فلا يفتح لنا باب الفتح ومن اعلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها لا يصح امانه لما بينا ولا يجوز امان العبد عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه الا ان يأذن له مولاه في القتال وقال محمد رحمة الله يصح وهو قول الشافعي رحمة الله وابو يوسف رحمة الله معه في رواية ومع ابي حنيفة رحمة الله في رواية لمحمد رحمة الله تعالى عليه قوله عليه السلام امان العبد امان رواه ابو موسى الاشعري رضي الله عنه ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالماذون له في القتال وبالمؤبد من الا مان

برأيه افتعال من الفوت وهو السبق •

قوله لما بينا اي من ان الا مان يختص بمحل الخوف وهم لا يخافون المملوك في دار الحرب ولم يهاجر **قوله** ولا يجوز امان العبد عند ابي حنيفة رحمة الله الا ان يأذن له مولاه في القتال امان العبد المأذون له في القتال صحيح بالاتفاق لما روي ان عبدا كتب على سهمه بالفارسية مترسيت ورمى به الى قوم محصورين فرفع ذلك الى عمر رضي الله عنه فاجاز امانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لان الرمي فعل المقاتل **قوله** وبالمؤبد من الا مان وهو عقد الذمة يعني اذا عقد حربي عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد يصح هذا العقد والقبول من العبد ويصبر ذميا بالاتفاق حتى يجري عليه احكام اهل الذمة من المنع عن الخروج الى دار الحرب وقصاص قاتله واعتبار وقت الذمة في اخذ الجزية من وقت العقد مع العبد •

عنوة اي فهدا الخيار ان شاء قسمها بين المسلمين كما فعل رسول الله عليه السلام
 بخير وان شاء افرا هله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج
 كذلك فعل عمر رضي الله عنه بحداد العراق بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم
 ولم يحمد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيخير وقبل الا ولى هو الاول عند
 حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا في العقار

اهل الصلح في الخراج في لان ذلك كله مما افاء الله على المسلمين من المشركين
 وعند الفقهاء كل ما يحل اخذه من اموالهم فهو في *

قوله عنوة اي فهدا العنوة الذلة والخضوع وقوله فهدا ليس بتفسير لاهل لان عنى لازم
 وفهدا منعد بل يطريق المجاز لان من الذلة يلزم القهر **قوله** كما فعل رسول الله
 عليه السلام بخير هذا الفعل منه ليس يحتم والاما خالفه عمر رضي الله عنه **قوله** موافقة
 من الصحابة وهو ما روي انه لما استولى على العراقيين والحداد شاور الصحابة
 رضي الله تعالى عنهم في اراضيها فقال بعضهم هي غنيمة فاقسمها بين الغانمين
 وقال بعضهم بخلاف ذلك فتوقف عمر رضي الله تعالى عنه في ذلك فرجع الى القرآن
 فلما جاء من الغد قال وجدت في كتاب الله تعالى ما استغنى به عن رأيكم فانه قال والذين
 جاءوا من بعدهم الآية فلو قسمتها بينكم فما يكون لمن يجي بعدكم فاتفقوا على ذلك
 الا عدد يسير منهم بلال رضي الله عنه **قوله** ولم يحمد من خالفه كبلال واصحابه
 رضي الله عنهم فروي انه قال على المنبر اللهم اكفني بلالا واصحابه فما حال المحول
 حنى ماتوا فان قول كيف ينعد الا جماع مع خلا فهدا قلنا لا نعبر خلا فهدا مع اجماع
 اهل الفقه لانهم اصحاب الظواهر **قوله** وفي كل من ذلك قدوة اي في كل من فعل رسول الله

(كتاب المير... باب الغنائم وقسمتها)

فهو بمنزلة الدعوة اليه ولائته تقابل بالجزية ولا نه مفروض عند مصالحتهم ذلك واسقاط
 الغرض نفع فافتروا ولو آمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل
 وهو مجبور عن القتال فعلى الخلاف وان كان ماذونا له في القتال فلا يصح انه يصح
 بالاتفاق والله تعالى اعلم بالصواب *

باب الغنائم وقسمتها

واذا فتح الامام بلدة

قوله فهو بمنزلة الدعوة اليه اي الامان المؤبد بمنزلة الدعوة الى الاسلام وللعبد ولاية
 عرض الاسلام على غيره **قوله** واسقاط الغرض نفع محض فيصح منه كقبول الهبة
 والصدقة والامان يتردد بين النفع والضرر ولهذا لا يفترض الاجابة اليه والتصرف الذي
 فيه توهم الضرر في حق المولى فقط كالبيع والشراء لا يملكه العبد بنفسه فما فيه الضرر به
 وبالمسلمين بطلان حقهم في الاستغنام اولى ان لا يملكه بنفسه والله اعلم بالصواب *

باب انغنائم وقسمتها

الغنيمة عن ابي عبيدة مانيل من اهل الشرك عنوة والحرب فائمه وحكمها ان بخمس
 وسائرها بعد الخمس للغنائمين خاصة والقي مانيل منهم بعد ما يضع الحرب اوزارها
 وتصير الدار دار الاسلام وحكمه ان يكون لكافة المسلمين ولا بخمس والنفل ما ينقله
 لغازي اي يعطاه زائدا على سهمه وهو ان يقول الامام او الامير من قتل قتيلاً فله سلبه
 او قال للمرية ما صبتنم فهو لكم اربعة او نصفه ولا بخمس وعلى الامام الوفاء به وعن
 علي بن عيسى الغنيمة اهم من النفل والقي اهم من الغنيمة لانه اسم لكل ما صار للمسلمين
 من اموال اهل الشرك قال ابو بكر الرازي رحمه الله فالغنيمة في الجزية في مال

قال وهو في اسارى بالخيار ان شاء قتلهم لانه عم قد قتل ولان فيه حسم ما دة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا الامشركى العرب والمرتين على ما نبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز ان يرد هم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدون ذلك ان يسترقهم توفير المنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد ولا يفادى بالاسارى عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وفا لا يفادى بهم اسارى المسلمين وهو قول الشافعي ورحمة الله لان فيه تخلص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وله ان فيه معونة للكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شره به خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذ بقي في ايديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف اليها والامانة بدفع اسيرهم اليهم مضاف اليها ما المفادات بمال ناخذة منهم لا يجوز في المشهور من المذهب

قوله وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا اشارة الى قوله كذا لك فعله عمر رضي الله تعالى عنه بسواد العراق فان قيل ينبغي ان لا يثبت خيار ترك القتل لقوله تعالى واقتلوهم حيث وجدتموهم قلنا خص من هذه الآية اهل الذمة والمستامنون والنساء وغير ذلك فيخص المتنازع عنهما بفعل عمر رضي الله عنه **قوله** ولا يفادى بالاسارى المفادات بين الاثنين فاداه اذا اطلقه واخذ فدينه ومنه قوله ولا يفادى بالاسارى عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه لا تؤخذ فدية بمقابلة اطلاق الاسارى التي في ايدي المسلمين فعند الشافعي رحمه الله حكمهم احد الاربعة القتل والاسترقاق والقداء بالمال او بالاسارى والمن وعندهما احد الامور الثلاث الاولى والقداء بالاسارى وهذا ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه احد الاخرين الاولين

أما في المنقول المجرد لا يجوز لمن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعي رحمه الله لان في المن ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادلهوا الخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان الامام ان يبطل حقهم رأسا بالفنل والحجة عليه ما روينا ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العاملة بوجوه الزراعة والمؤون مرتفعة معما انه يحطى به الذين ياتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مالا لدوامه وان من عليهم بالرقاب والا راضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما ينهياهم العمل ليخرج عن حد الكراهة *

صلى الله عليه وسلم وفعل عمر رضي الله تعالى عنه •

قوله اما في المنقول المجرد فيد بالمجرد لانه يجوز لمن عليهم في المنقول بطريق التبعية للعقار **قوله** لان في المن ابطال حق الغانمين اي على مذهبنا لاننا نقول بثبوت الملك قبل الا حراز بدار الاسلام بل نقول بثبوت الحق للغانمين **قوله** او ملكهم اي على مذهب الشافعي رحمه الله تعالى عليه فانه يقول يثبت ا ملك لهم بنفس الا صابة **قوله** بخلاف الرقاب فالحق لم يتأكد في رقابهم الا ترى ان له ان يقتلهم فكذلك يكون له ان يمن على رقابهم بجزية يأخذها **قوله** والحجة عليه ما روينا اي من فعل عمر رضي الله تعالى عنه **قوله** ليخرج عن حد الكراهة ذكر الامام النمري في رحمه الله تعالى عليه فان من عليهم برقابهم وارا ضيهم وقسم النماء والذرية سائر الاموال جازوا كن يكره لانهم لا ينتفعون بالاراضي بدون المال ولا بقاء لهم بدون ما يمكن به ترجية العمر الا ان يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الاراضي *

ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام وقال الشافعي
رحمة الله تعالى عليه لا باس بذلك واصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الا حراز
بدار الاسلام عندنا وعندنا يثبت وتبني على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها
في كفاية المنتهي له ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما في الصبود
ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة
في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولان الاستيلاء
اثبات اليد الحافظة والنافلة والثاني منعدم بقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا
ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن
اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهي كراهة تنزيه
عند محمد رحمه الله تعالى فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله تعالى
لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد رحمه الله الا فضل ان يقسم في دار الاسلام

قوله واصله اي واصل الخلاف **قوله** وتبني على هذا الاصل عدة من المسائل
منها ان احدا من الغانمين لو وطئ امة من السبي فولدت فادعاه يثبت نسبه منه عنده
وصارت الامة ام ولده وعندنا لا يثبت النسب لعدم الملك ويجب العقر وتقسم الامة
والولد والعقربين الغانمين ومنها جواز البيع ومشاركة المدد والارث اذا مات
احدهم قبل القسمة **قوله** ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب
والخلاف ثابت فيه اي في البيع والقسمة بيع معنى لاشتغالها على الافراز
والمبادلة لا محالة فتدخل تحته اي تدخل القسمة تحت النهي **قوله** ثم قيل موضع
الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد اي ان موضع
الخلاف فيما اذا صدرت القسمة عن الامام بدون الاجتهاد بانها هل

(كتاب السير... باب المواعدة ومن يجوز امانه... فصل)

لما بينا وفي السير الكبير انه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلا لا بأساً بدار
ولو كان اسلم الاسير في ايدينا لا يفادى بمسلم اسير في ايديهم لانه لا يفيد
الا اذا طابت نفسه به وهو مأمون على امانه

قال ولا يجوز لمن عليهم اي على الاسارى خلافا للشافعي رحمه الله تعالى عليه
فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر
ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولا نه بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق
فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ لما تلونا واذا اراد
الا مام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقتها ولا يعقرها
ولا يتركها وقال الشافعي رحمه الله يتركها لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة
الا لما كلة ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر
شوكه الا عداً ثم يحرق بالنار لتقطع منفعته عن الكفار وصار كتحريب البنيان
بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهى عنه بخلاف العقول لانه مثله وتحرق الاسلحة
ايضاً وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يطلع عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم

قوله لما بينا اشارة الى قوله ان فيه معونة للكفرة لانه يعود حرباً علينا **قوله** ولا يجوز لمن
عليهم خلافا للشافعي رحمه الله تعالى عليه امان ان يطلقهم مجاناً هو يقول من
رسول الله عليه السلام على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين
حيث وجدتموهم وما رواه منسوخ بما تلونا لان سورة براءة من آخره ما نزل وقد تضمنت
وجوب القتل بكل حال فكان ناسخاً **قوله** ولا يعقرها خلافاً لما لك رحمه الله ولا يتركها
وقال الشافعي رحمه الله يتركها لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لما كلة
قوله بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهى عنه في الحديث لا يعذب بالنار الا ربها

قال والرّدء والمقاتل في العسكر سواء لامتوا بهم في السبب وهو المجاوزة او شهود
الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره لما ذكرنا واذ السبب المدد
في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركون فيها خلافا للشافعي
رحمه الله تعالى بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع
حق المشاركة عندنا بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعته المغانم فيها
لان بكل واحد منها ينم المملك فننقطع شركة المدد *

قال ولاحق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي رحمه الله
نعالي عليه في احد قوليه يسهم لهم لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه
وجد الجهاد معنى بتكثير السواد وقلنا انه لم توجد المجاوزة على قصد القتال
فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق
على حسب حاله فارسا اوراجلا عند القتال

اذ ارأى الامام المصلحة فاذا لم يسلب الجواز لا يكون ادنى حالا من ايراث الكراهة
لان الدليل المرجوح لما لم يبطل اصلا حصل من معارضة الدليلين من الدليل الراجح
والمرجوح الكراهة كما في سؤر الهرة فانه لما قام الدليل على الحرمة والحل ولم يعمل
دليل الحرمة في سلب الحل لم يتقاعد عن ايراث الكراهة كذا هناه

قوله وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وهو ان السبب هو الاخذ والمملك يثبت بنفس
الاخذ وعندنا السبب هو القهر وتمام القهر بالاحراز بدار الاسلام فاذا شارك المدد الجيش
في الاحراز الذي به ينم السبب يشاركونهم في تأكد الحق به كما لو التحقوا بهم في حالة القتال
كذا في المبسوط **قوله** ولاحق لاهل سوق العسكر لا يسهم لهم ولا رخص لان قصدهم التجارة
لا ارباب العدو واعزاز الدين **قوله** فانعدم السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب على قصد القتال

(كتاب السير - باب الموادعة ومن يجوز امانه - فصل)

ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجع الا انه تعالى عن سلب الجواز فلا يتقاعد
عن ايراث الكراهة

ينبت حكم الملك لمن وقعت القسمة في نصيبه من الاكل والوطى وسائر
الانتفاع لم لا يعلل قوله يثبت وعندنا لا يثبت ثم علل بقوله لان حكم الملك
لا يثبت بدونه اي بدون الملك فلما ثبتت الاحكام عنده من الاكل والوطى
وغيرهما بهذه القسمة الصادرة لا عن اجتهاد علمنا ان الملك كان ثابتا له قبل
القسمة كما اذا كانت التركة بين الورثة فانه انما ثبتت احكام الملك من الانتفاعات
اذا وقعت القسمة لثبوت نفس الملك قبل القسمة فكذلك ههنا على قوله وعندنا لا يثبت
بهذه القسمة الصادرة لا عن اجتهاد من حكم الملك شي لان الملك لا يثبت قبل هذه
القسمة فلا يثبت حكم الملك من الانتفاع بهذه القسمة ثم انما قيد القسمة بقوله لا من
اجتهاد ليظهر موضع الخلاف فانه اذا قسم مجتهد اجاز بالاتفاق وذكر في المبسوط
وان قسمها في دار الحرب جاز لانه امضى فضلا مجتهدا فيه وقضاء المجتهد فيه
نافذ وقبل الكراهة اي حكم قسمة الغنائم في دار الحرب على مذهبنا
الكراهة لاعداء الجواز وذكر في المبسوط وقبل من مذهبنا كراهة القسمة في دار
الحرب لا بطلان القسمة لما في القسمة من قطع شركة المدد فنقل بها رغبتهم في المحقوق
بالجيش ولانه اذا قسم تفرقوا فربما يكره العدو وعلى بعضهم وهذا امروراء ما ينتم به
القسمة فلا يمنع جوازها

قوله ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجع بدليل هدم الملك بمجرد الاستيلاء
بالدليل الذي ذكرنا وان دليل البطلان منكره والمحرر راجع على المبيح الا انه تعالى
عن سلب الجواز لان الاجماع ثبت في الجملة انه عند الشافعي رخص يجوز بكل حال وما عندنا

قال ولا بأس بان يُعلف العسكر في دار الحرب وبما كلوا ما وجدوا من الطعام
 قال رضي الله عنه ارسل ولم يقيد به بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في
 الاخرى وجه الاولى انه مشترك بين الغانمين فلا يباح الا ما ع به الحاجة
 كما في الثياب والدواب وجه الاخرى قوله عليه السلام في طعام خبير كلوها
 واعلفوها ولا تحملوها لان الحكم بدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب
 لان الغازي لا يستصحب قوت نفسه

الحمولة او ابوا اذا كان بهم غنى عن تلك الحمولة لانهم بهذا الالباء قصدوا التمتع فان في
 هذا الاستيحار منفعة لهم من حيث انه تحصل لهم الاجرة بمقابلة منفعة لا يبقى لهم
 بدون هذا الاستيحار وفيه منفعة للغانمين ايضا كانوا منعنين في الالباء والقاضي لا يلتفت
 الى ابناء المتعت ولان الاستيحار وبقاء الاجارة عند تحقق الحاجة صحيح من غير الامير
 فمن الامير او وليه بيان في استيحار الصفيية على ما ذكرنا وكذلك استيحار الاوعية
 لحمل المائع فيها مدة معلومة اذا انتهت المدة وهم في المفازة وكذلك اذا استاجر دابة
 لحمل الامتعة من موضع الى موضع مدة معلومة فانتهت المدة وهم في المفازة او مات صاحب
 الدابة فانه يمتدئ العقد بعد انتهاء المدة ويبقى بعد الموت في هذه المواضع باجر المثل وبالمسمى
 في حالة البقاء وكان ذلك لاجل الحاجة فكذلك في الغنائم اذا تحققت الحاجة الى حملها
 فان قبل جواز البناء لا يدل على جواز الابتداء بل ارضاء لان البناء اسهل من الابتداء قلنا لا فرق
 بينهما لانه في الحالين يملك منافع العين باجر المثل اصابة المال بل ارضاء

قوله وقد شرطها في رواية ذكر في المحيط فقد قيد محمد رحمه الله في السير الصغير الا باحة
 بطعام الغنيمة وعلفها بالحاجة وفي السير الكبير اباح الانتفاع عليه بالحاجة وبغير حاجة نصار
 في المحفلة رواه اثنان فما ذكره في السير الصغير جواب القياس وما ذكره في السير الكبير

وَمَارُوهُ وَتَوَفَّاهُ عَلَى عَمْرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَوْ تَأْوِيلُهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَيْهِمْ قَصْدُ الْقِتَالِ
 وَأَنْ لَمْ تَكُنْ لِلْإِمَامِ حُمُولَةٌ تَحْمِلُ عَلَيْهَا الْغَنَائِمَ فَسُخِّهَا بَيْنَ الْعَانِمِينَ قِسْمَةٌ أَيْدَاعُ
 يُحْمَلُونَ بِهَا إِلَى دَارِ السَّلَامِ ثُمَّ يَرْجِعُهَا مِنْهُمْ فَيَقْسِمُهَا قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ هَكَذَا ذَكَرَ
 فِي الْمُخْتَصَرِ وَلَمْ يَشْطُرْ رِضَاهُمْ وَهُوَ رِوَايَةُ السَّيْرِ الْكَبِيرِ وَالْجُمْلَةُ فِي هَذَا أَنَّ الْإِمَامَ
 إِذَا وَجَدَ فِي الْمَغْنَمِ حُمُولَةً يَحْمِلُ الْغَنَائِمَ عَلَيْهَا لِأَنَّ الْحُمُولَةَ وَالْمَحْمُولَ مَالُهُمْ وَكَذَا
 إِذَا كَانَ فِي بَيْتِ الْمَالِ فَضْلٌ حُمُولَةٌ لِأَنَّهُ مَالُ الْمُسْلِمِينَ وَلَوْ كَانَ لِلْعَانِمِينَ
 أَوْ لِبَعْضِهِمْ لَا يُجْبَرُ هُمْ فِي رِوَايَةِ السَّيْرِ الصَّغِيرِ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءُ أَجَارَةٍ وَصَارَ كَمَا إِذَا تَفَقَّتْ
 دَابَّةٌ فِي مَفَازَةٍ وَمَعَ رَفِيقٍ ضَلَّ حُمُولَةٌ وَيُجْبَرُ هُمْ فِي رِوَايَةِ السَّيْرِ الْكَبِيرِ لِأَنَّهُ دَفْعُ
 الْضُرَرِّ الْعَامِ بِتَحْمِيلِ ضُرَرِّ حَاصٍ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْغَنَائِمِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ
 لِأَنَّهُ لَا مَلِكَ قَبْلَهَا وَفِيهِ دَلَالٌ لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَقَدْ بَيَّنَّا الْأَصْلَ وَمَنْ مَاتَ
 مِنَ الْعَانِمِينَ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَلَا حَقَّ لَهُ فِي الْغَنِيمَةِ وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ بَعْدَ اخْرَاجِهَا
 إِلَى دَارِ السَّلَامِ فَنَصِبُهُ لَوَرَثَتِهِ لِأَنَّ الْأَرْثَ يَجْرِي فِي الْمَلِكِ وَلَا مَلِكَ قَبْلَ الْحَرَازِ
 وَأَمَّا الْمَلِكُ بَعْدَهُ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الْهَزِيمَةِ
 يَوْرَثُ نَصِبُهُ لِقِيَامِ الْمَلِكِ فِيهِ عِنْدَهُ وَقَدْ بَيَّنَّا هـ

قوله وماروه موقوف على عمر رضي الله تعالى عنه وذلك ليس بحجة عنده
 مشايخنا خصوصاً على أصل الشافعي رحمه الله تعالى عليه فإن عنده لا يقلد أصحابي
قوله لأنه ابتداء أجارة أي من كل وجه هذا احتراز عن أجارة متأنفة في حالة البقاء فإنه
 يجبر على الأجارة بالاتفاق كما في ممثلة السفينة فإن من استأجر سفينة شهر انقضت
 المدة في وسط البحر فإنه تنعقد عليها أجارة أخرى بأجر المثل بغير رضا الملك كذا في المحيط
قوله ويجبرهم في رواية السير الكبير ذكرته ويستوي في ذلك أن رضي به أصحاب

قال ويستعملوا الخطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوفحوا به الدابة لماس الحاجة الى جميع ذلك ويقا تلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتأويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح وقد بيناه ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئاً ولا ينمو لونه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو باحة وصار كالمباح له الطعام وقوله ولا ينمو لونه اشارة الى انهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه احدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كان للجماعة واما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا انه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يحتاج للمضرة المكروه اولى وهذا لان حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان اولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة فانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين وان احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج *

قوله ويوفحوا به الدابة توفيح الدابة تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفي اي رق من كثرة المشي والراء خطأ كذا في المعرب **قوله** وتأويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح لانه اذا احتاج الغازي الى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز وقال في الايضاح ولا ينبغي ان يستعمل شيئاً من الاسلحة والدواب لبقية ذلك سلاحه ودوابه لان الاطلاق كان باعتبار الحاجة ولا حاجة مع وجود الملك **قوله** وقد بيناه اشارة الى قوله بخلاف الحلاح لانه يستصحبه **قوله** يباح له الانتفاع في الفصلين اي في فصل الثياب والسلاح **قوله** وان احتاج الكل

كتاب السير منها ب الغنائم وقسمتها

وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطة فبقي على أصل الاباحة للحاجة بخلاف
 السلاح لانه يستصعبه فانه قد دلىل الحاجة وقد تمس اليه الحاجة فتعتبر حقيقتها
 يستعمله ثم يرد على المظنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز
 واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت •

جواب الاستحسان حتى ان على رواية السير لكبر يستوي فيه الغني والفقير في حل
 الانتفاع ثم قال وكما يجوز للغازي ان يأخذ من طعام الغنيمة وعلفها مقدار كفايته
 يجوز له ان يأخذ منها مقدار ما يكفي عبدة الذين دخلوا معه ويقومون على دوابهم وحفظ
 رجالهم وكذلك يأخذون لنسائهم وصبيانهم الذين دخلوا معهم ولو كان رجل دخل
 دار الحرب ليخدم بعض الجندي باجر فلا يباح له ان يتناول شيئا من الغنيمة وكذلك
 من دخل دار الحرب للنجارة •

قوله وعلف ظهره اي دابته ولفظ اظهره مستعار لها والميرة الطعام **قوله** والدابة
 مثل السلاح اي تعتبر الحاجة فيها والطعام كالخبز والزيت اي المراد بالطعام ما هو
 المهيأ للاكل وفي المحيط وان وجد واغنى فلا بأس بان يذبحوها ويأكلوها ويرد جلودها
 في الغنيمة وذكر هذا الحكم في السير الكبير في الجزور وفي الايضاح في البقر فعلم
 بهذا ان المهيأ للاكل وما هو غير مهين سوا في اباحة تناول للغازي وان اصابوا سمما وزينا
 او دهن سمسم او فاكهة يابسة او رطبة او سكرا او بصلا او غير ذلك من الاشياء التي
 تؤكل عادة للتعيش لا بأس بالتناول منها قبل القحمة ولا يجوز ان يتناول شيئا
 من الادوية والطيب ودهن البنفسج وذكر في الايضاح انما لا يجوز تناول منها لان هذه
 الادوية لا تؤكل ولا تستعمل للحاجة الاصلية بل تستعمل للزينة وكلما لا يؤكل
 ولا يشرب لا ينبغي ان ينتفع منه بشيء قل او كثر لقوله عليه السلام ردوا الخبطة والمخبط

فان ظهرنا على دار الحرب فعقاره في وقال الشافعي رحمه الله تعالى هو له لانه في يده
فصار كالمقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن
في يده حقيقة وقيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى الا حر
وفي قول محمد رحمه الله تعالى وهو قول ابي يوسف الاول رحمه الله تعالى هو كغيره
من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد
رحمه الله تعالى تثبت وزوجته في لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا
حملها في خلافا للشافعي رحمه الله تعالى هو يقول انه مسلم تبعها كالمفصل
ولنا انه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للملك تبعها غيره بخلاف المفصل لانه حر
لا نعدا الجزئية عند ذلك واولاده الكبار في لانهم كفا حريون ولا تتبعه
ومن قاتل من عبيده في لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده فصارت بعتا هل دارهم
وما كان من ماله في يد حربي فهو في غصبا كان اوود يعة لان يده ليست بمحرمة

قوله وما كان من ماله في يد حربي فهو في غصبا كان اوود يعة لان يده ليست
بمحرمة لانها لا تدفع استغنام المسلمين عن ماله فكذا عن هذه الوديعة وما كان
غصبا في يد مسلم او ذمي فهو في غصبا حنيفة رحمه الله وقال لا يكون فينا قال رضي
الله تعالى عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكرنا في شرح الجامع الصغير
قول ابي يوسف مع قول محمد رحمهما الله قال صاحب النهاية رحمه الله هكذا
وقع لفظ الهداية في بعض النسخ وهذا لا يصح اصلا لانه لو كان الاختلاف هكذا في دينك
الكتابين لقال كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير والجامع الصغير ولما احتاج الى ذكر
قوله وذكرنا في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد رحمهما الله

قال ومن اسلم منهم معناه في دار الحرب احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي
ابتداء الاسترقاق واولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا لكل مال هو في يده
لقوله عليه الصلوة والسلام من اسلم على مال فهو له ولانه سبقت يده الحقيقية اليه
يد الظاهرين عليه *

قال ارود يعة في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة و يده كبدية

يقسم في الفصلين اي في فصل السلاح وفصل الثياب والدواب والمتاع *
قوله ومن اسلم منهم معناه في دار الحرب انما قيد بهذا لانه لو هاجر الى دار الاسلام واسلم
لا يصير ماله واولاده في دار الحرب محرز باسلامه وذكر في الفوائد اظهرية
وهنا مسائل اربع احدها اذا اسلم الحربي في دار الحرب ولم يخرج حتى ظهر على الدار
فالحكم فيها ما ذكرناه لا يغم نفسه واولاده الصغار وما كان في يده من المنقولات الى آخرة
والمسئلة الثانية الحربي اذا دخل دارا بامان واسلم ثم ظهر المسلمون على داره فاهله
وماله وجميع ما خلفه في دار الحرب من اولاده الصغار في والثالثة اذا اسلم الحربي في
دار الحرب ثم دخل دار الاسلام ثم ظهر المسلمون على داره فجميع ماله هناك في الاولاده
الصغار والرابعة اذا دخل المسلم دار الحرب بامان واشترى منهم اموال اولاد انصحبهم
مع نفسه في دار الحرب ثم ظهر المسلمون على الدار فالجواب فيه على نحو ما بينا في حربي
اسلم في دار الحرب ثم وقع الظهور على الدار الا في فصلين احدهما ان اولاده الكبار هنا
لا يصرون فيا لانهم مسلمون واثاني انما كان ود يعة له عند حربي
لا يصبر فيا على رواية ابي سليمان رحمة الله تعالى عليه وعلى رواية ابي حفص
رحمة الله تعالى عليه يصبر فيا **قوله** لانه في يد صحيحة احتراز عن يد الغاصب
محترمة احتراز عن يد الحربي *

الا ترى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا و ابا حة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة لامتهان فكان محلا للملك وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة معناه اذ لم تقسم وعن الشافعي رحمه الله تعالى مثل قولنا وعنه انه لا يرد اعتبارا بالملتص ولنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف الملتص لانه كان احق به قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاربيين لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه والله تعالى اعلم بالصواب *

قوله الا ترى انها ليست بمتقومة حتى لم يجب القصاص والدية على قاتلها في دار الحرب **قوله** وليست في يده حكما لان يد الغاصب ليست بنائة عن يد المغصوب منه فلا يكون ما في يد الغاصب في يد المغصوب منه حكما فيجعل كانه ليس في يد احد فكان فينا **قوله** لتعذر الرد على الغانمين لقلته جدا او لتفرقهم والله تعالى اعلم بالصواب *

وما كان غصبا في يد مسلم اذ مي فهو في عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد
 رحمه الله تعالى لا يكون فيقال العبد الضعيف عصمه الله كذا اذ كرا لا خلاف
 في السير الكبير وذكروا في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قوا محمد
 رحمهما الله تعالى لهما ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بالا سلام فيتبعها ما له
 فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالا سلام

لانه حينئذ يكون تكرارا محض مع تطويل بغير فائدة ووقع في بعضها وقال محمد
 رحمه الله تعالى لا يكون فيقال مكان قوله وقال ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه
 مكان قوله مع محمد رحمه الله تعالى عليه ثم قال رحمه الله تعالى عليه واكني
 تتبعتم بتوفيق الله تعالى الاقوال فوجدتها كما هو حقها في الكتب ثم وضعها
 كما يوضع الهناء مواضع الثقب قلت واصحح من النسخ هو ان يقال وما كان
 غصبا في يد مسلم اذ مي فهو في عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وقال
 محمد رحمه الله تعالى عليه لا يكون فيقال ان رواية السير الكبير هكذا وكذا ايضا
 في المحيط ولم يذكر فيهما قول ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه واصحح ايضا في
 الثاني هو ان يقال وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد
 رحمهما الله تعالى لان الامام فخر الاسلام البزدوي رحمه الله تعالى عليه ذكر
 في الجامع الصغير ولو كان ودعة عند حربي او غصبا عند مسلم اذ مي اوضاعا
 فهو في وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وقال ابو يوسف ومحمد
 رحمهما الله تعالى لا يكون فيقال وهكذا ايضا ذكر في الجامع الصغير لقا ضيخان
 والمنمرا تاشي وغيرهما •

(كتاب السير... باب الغنائم وقسمتها... فصل في كيفية القسمة) (١٢٩)

ولان الكروالفرس من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذرا اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفرس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى يسهم لفرسين لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الآخر ولهما ان البراء بن اوس قاذ فرسين فلم يسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مقضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد وهذا الا يسهم لثلاثة افراس وما رواه محمود على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل

برواية نفسه وبرواية غيره وخبر من لا تعارض في روايته لا يحتمل النسخ الا من رواية غيره فكان احتمال النسخ فيه اقل فكان اولى .

قوله ولان الكروالفرس من جنس واحد اذ نفس الفرار ليس بممتنع بل الفرار انما حسن اذا فعل لاجل الكر فحينئذ يكونان من جنس واحد فلا يعتبر نوعا آخر بل يعتبر زيادة غناء والزيادة لا تتعلق بزيادة الغناء اذ بعضهم لا بد ان يكون اغنى من بعض **قوله** لتعذر معرفته اي معرفة مقدار الزيادة لان تلك انما تظهر عند المسابقة والمقابلة عند التقاء الصفيين وكل منهم مشغول بشأنه في ذلك الوقت فتعذر الوقوف عليه **قوله** فلا يكون السبب الظاهر وهو المجاوزة مقضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد وقال في الاسرار فالمدء معتبر على مال الامر من القتال فان الارهاب انما يحصل بخوفهم عافية امرهم من القتال معهم على الافراس والقتال لا يتصور الا على فرس واحد فاذا علم ذلك حقيقة لم تقع زيادة ارهاب بزيادة الفرس **قوله** كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين احدهما على سبيل التنفيل لجدده في القتال فانه

فصل في كيفية القسمة

قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان الله خمسته وللرسول استثنى الخمس ويقسم اربعة الا خماس بين الغانمين لانه عليه السلام قسمها بين الغانمين ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقال للفارس ثلثة اسهم وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لما روى ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهمان لان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفرو الثبات والراجل للثبات لا غير ولا بي حنيفة رحمه الله تعالى ما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام اعطى الفارس سهمين والراجل سهمًا فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه السلام للفارس سهمان والراجل سهم وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام قسم للفارس سهمين وللراجل سهمًا واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره

فصل في كيفية القسمة

قوله استثنى الخمس مما استثناء من حيث ان حكمه يخالف حكم اربعة الا خماس كان حكم المستثنى منه الغناء بالفتح والمد الاجزاء والكفاية الكراصولة والحملة والغربمغنى الفرار والفرار اذا كان لا جل ان يكون الكراشد كان هو من الجهاد والفرار في موضع الفرار محمود لئلا يرتكب النهي في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة قوله واذا تعارضت روايتاه اي روايتا ابن عمر رضي الله عنهما وهي روايتاهما معناه على وفق مذهبهما ورواية ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه ايضا على وفق مذهبهم يرجح رواية غيره وهي رواية ابن عباس وهذا لان من تعارضت روايتاه كان احتمال النسخ

(كتاب الصير... باب الغنائم وقسمتها... فصل في كيفية القسمة) (٧٤١)

والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حال انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عند المجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود الواقعة لانه اقرب الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام

قوله والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة اي مجاوزة الدرب قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها كذا في المغرب والمراد من الدرب ههنا البرزخ الحاجز بين الدارين اي دار الاسلام ودار الحرب حتى لو جاوز الدرب دخل دار الحرب ولو جاوز اهل دار الحرب الدرب دخلوا في حدود دار الاسلام وعنده حال انقضاء الحرب وهو تمام الحرب وهذا رواية عن الشافعي رحمه الله تعالى عليه والظاهر من مذهبه انه يعتبر مجرد شهود الواقعة كذا في النهاية **قوله** وتعليق الاحكام بالقتال الى آخره جواب بطريق المنع عن قولنا لان الوقوف على حقيقة القتال منعس ومن الاحكام ما اذا قتل في القتال سقط سهمه وكذا سقط غسله بالشهادة والعبد انما يرضخ له اذا قاتل وكذا الذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق **قوله** ولو تعذر او تعسر يريد به ولو سلم يعسرا الوقوف تعلق بشهود الواقعة لانه اقرب الى القتال قلنا الوقوف على حقيقة القتال متعذر وفقد يتحقق القتال في المشاجرة والغياص والمضايق وكذا على شهود الواقعة لانه حال التقاء الصفيين وما ذكر من تعليق الاحكام قلنا ذلك في حكم الرضخ والرضخ ليس نظيرا السهم الا ترى انه غير مقدر بشي فلا يستقيم اعتبار السهم بما هو دونه كذا في المبسوط

والبراذين والعناق سواء لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراق والهجين والمقرف اطلاقا واحد اولان العربي ان كان في الطلب والهرب اقوى فالبرذون اصبروا لين عطا فقي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن دخل في دار الحرب فارسانفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل را جلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وجواب الشافعي رحمة الله تعالى عليه على عكسه وهكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه في الفصل الثاني انه يستحق سهم الفرسان

قال عليه الصلوة والسلام خير رجالتنا سلمة بن الاكوع وخير فرساننا ابو قتادة رضي الله تعالى عنه ونظيره نفقة الخادمين للمرأة .

قوله والبراذين والعناق سواء انما ذكر هذا لان اهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذ البرذون فرس العجم والجمع البراذين وخلافها العراب يقال فرس عتيق اي معجب رائع والجمع العناق ويقال عناق الطير والخيل كرائتهما واهجين هو ما يكون ابوه من الكوادر وامه من العربي المقرف ما يكون ابوه عربيا وامه من الكوادر والكوادر البرذون يوكف ويشبه به البليد **قوله** في الفصل الثاني وهو ما اذا دخل دار الحرب را جلا ثم اشترى فرسا وقاتل فارسا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان له سهم فارس وفي ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان كذا في المحيط **قوله** وهكذا معطوف على قوله وجواب الشافعي رحمة الله تعالى عليه

والاول ليس من عمله ولا يسوي بينه وبين المسلم في حكم الجهاد واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعي رحمه الله لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضي الله عنهم قسموه على ثلاثة اسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال عليه السلام يا معشر بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها خمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من ثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه السلام اعطاهم للنصرة الا ترى انه عليه السلام علل فقال انهم لم يزلوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه

شهودا لو نعمة او انقضاء الحرب عند الشافعي رحمة الله تعالى عليه على اختلاف الاصلين وكذا بالاجماع لا معتبر ببقاء الفرس الى حال تمام الاستحقاق حتى لو نفق فرسه بعد القتال قبل احرار الغنيمة استحق سهم الفرسان فكان المعبر حال انعقاد السبب ابتداء بخلاف فوات الفارس لانه المستحق ولا استحقاق بعد فوات المستحق *

قوله والاول ليس من عمله يعني ان الدلالة ليست من الجهاد فجاز ان يزداد بها على سهم الجهاد ولا يلزم التسوية بينه وبين المسلم ولا كذا لك القتال فانه لا تجوز فيه الزيادة على السهم لانه حينئذ تلزم المساواة بين المسلم والكافر ولا مساواة بينهما **قوله** علل فقال انهم لم يزلوا معي هكذا عن سعيد بن المسيب رضي الله تعالى عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الخمس يوم خيبر وقسم سهم ذوي القربى من

(كتاب السير ... باب الغنائم وقسمتها ... فصل في كيفية القسمة)

ولا معتبر بها ولا ان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الواقعة لانه حال التقاضي الصفيين فتقام المجاوزة بمقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة فارسا كان او راجلا ولود دخل فارما وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ولود دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او آجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجلان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعته بعد الفراغ لم يحققت سهم الفرسان وكذا اذا باع في حالة القتال عند البعض والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزته ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا مجنون ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام لما روي انه لم كان لا يسهم للنساء والصبيان واليهود وكان يرضخ لهم ولما استعان بهم باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهله والصبي والمرأة عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم تحريرا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهن والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعهم المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصارتا لاجر والمرأة ترضخ لها اذا كانت تدأوى الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق ولم يقابل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزداد على السهم في الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد

قوله ولا معتبر بها بدليل انه لا تعتبر صيرورته راجلا او فارسا بعد المجاوزة عندنا وبعد

قال فاما ما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لا افتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبي عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفي لانه عليه السلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان عليه الصلوة والسلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع اوسيف او جارية وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قد مناه وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه الصلوة والسلام بالنصرة لما روينا وبعده بالفقر قال العبد الضعيف عصمه الله تعالى

قوله فاما ما ذكر الله تعالى في الخمس وهو قوله تعالى واعلموا انه اغنتم من شيء فان الله خمسته كان ابن عباس رضي الله عنه يقول سهم الله وسهم الرسول واحد فذكر اسم الله للتبرك ومفتاح الكلام وقال ابو العالية يقسم على ستة اسهم سهم الله يصرف الى عمارة الكعبة ان كانت الغنيمة بقر بها والى عمارة الجامع في كل بلدة هي بالقرب من موضع القسمة لان هذه بقاع مضافة الى الله تعالى وهذا السهم لله فيصرف الى عمارة البقاع المضافة الى الله تعالى **قوله** والحجة عليه ما قد مناه وهوان الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلاثة اسهم وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه احد فحل محل الاجماع وبه تبين ان قسمة النبي عليه السلام ما كان بطريق الحتم والزم بل بطريق الجواز اذ لا يظن بهم خلافه عليه السلام يؤيده ما روي عنه عليه السلام سهم ذوى القربى لهم في حال حيوتهم وليس لهم بعد مماتهم ولان استحقاقهم كان بالنصرة وقد فاتت بوفاة عليه السلام فيفوت الاستحقاق لا لانتساخ بعد موته بل لعدم علته وهي النصره فان قيل لا يجوز ان يتعلق الحكم بعين النصره لثبوت الاستحقاق للنساء والذراري وليسوا باهل المنصرة قلنا ما كانت هذه نصره ثنالا وانما كانت نصره اجتماع اليه في الشعب للموانسة في حال هجرة الناس ومثل هذا يكون للنساء والولدان على انهم تبع للرجال

دل على ان المراد من النص قرب النصره لا قرب القرابة *

بني هاشم وبني المطلب فكلم عثمان بن عفان وجبير بن مطعم رضي الله تعالى عنهما
قالا لا ننكر فضل بني هاشم لما كانك الذي وضعك الله فيهم ولكن نحن وبني
المطلب في القرب اليك على السواء فما بالك اعطينتهم وحرمتنا فقال لم يزلوا معي
في الجاهلية والا سلام ومعنى الحديث ان اصل النسب هو عبد مناف كان له اربعة
بنين هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس ورسول الله عم كان من اولاد هاشم فانه
محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم فكان بنو هاشم اولاد جده وجبير بن مطعم كان
من بني نوفل وعثمان بن عفان كان من بني عبد شمس وولد جد الانسان اقرب اليه من
ولداخي جده فاما بنو نوفل وبنو عبد شمس كانوا مع بني المطلب في القرابة اسوة وقيل
بنو نوفل وبنو عبد شمس كانوا اقرب اليه من بني المطلب لان نوفلا وعبد شمس كانا
اخوي هاشم لاب وام والمطلب كان اخ هاشم لايه لالامه ثم اعطى رسول الله صلى الله
عليه وسلم لبني المطلب ولم يعط لبني نوفل وبني عبد شمس فاشكل ذلك عليهما
قوله دل على ان المراد من النص قرب النصره لا قرب القرابة وانما اراد نصرته الاجتماع اليه
للموانعة في حال ما هجرة الناس على ما روي ان الله تعالى لما بعث رسوله
من بني هاشم ورأى القريش آثارا للخبر فيهم حصدهم وتعاهدوا ان لا يجالوا
بني هاشم ولا يتكلموهم حتى يدفعوا اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
ليقتلوه وتعاهد بنو هاشم فيما بينهم على القيام بنصرة رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخل
بنو نوفل وبنو عبد شمس في عهد قريش ودخل بنو المطلب في عهد بني هاشم
حتى دخل معهم الشعب وكانوا فيه ثلث منين مع رسول الله صلى الله
عليه وسلم كذا في المبسوط *

فصل في التنفيل

قال ولا باس بان ينفل الامام في حال القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه او يقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعد ما رفع الخمس ولان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل

فصل في التنفيل

قوله ولا باس بان ينفل الامام ذكر بلفظ لا باس وانه مستحب ذكر في المبسوط ويستحب للامام ان ينفل قبل الاصابة بحسب ما يرى الصواب فيه للتحريض على القتال قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال فان قيل مطلق الامر للموجب ولم يجب التنفيل قلنا في التنفيل تحريض بعض الغزاة مع توهين البعض وتوهين المسلم حرام خصوصا في مثل هذا الوقت ولان التحريض شيء مهم قد يكون ذلك بالتنفيل وقد يكون ذلك بذكر ثواب الآخرة فلو كان التحريض نفسه واجبا لا يلزم ان يكون التحريض المعين بالتنفيل واجبا وفي الايضاح ويجوز التنفيل في سائر الاموال من الذهب والفضة وغير ذلك وكذلك يجوز في السلب وغير ذلك نحو ان يقول الامام من قتل قتيلا فله سلبه ومن اصاب شيئا فهو له او قال ما اصبتم فلكم منه الربع او لنصف الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ وذكر في السير الكبير اذا قال الامام لا حول العسكر جميعا ما اصبتم فهو اكم نفلا بعد الخمس فهذا لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك اذا خض البعض بالتنفيل وما اذا همهم فلا يحصل به

(كتاب السير ... باب الغنائم وقسمتها ... فصل في كيفية القسمة)

هذا الذي ذكره قول الكرخي وقال الطحاوي رحمه الله سهم الفقير منهم
ساقط ايضا لما روي انما من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظر الى المصروف فيحرمه كما يحرم
العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح لما روي ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم
والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم يدخلون في الاصناف الثلاثة
واذا دخل الواحد والاثنان في دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا
شيئا لم يخمس لان الغنيمة هي المأخوذة نهر او غلبة لا اختلاسا وصرفه والخمس وظيفتها
ولو دخل الواحد والاثنان باذن الامام فقبه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم
الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالممنعة فان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا شيئا
خمس وان لم ياذن لهم الامام لانه مأخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على
الامام ان ينصرهم اذ لو خذ لهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه
لا تجب عليه نصرتهم والله تعالى اعلم بالصواب *

قوله هذا الذي ذكره قول الكرخي رحمه الله تعالى غلبه وهو انهم كانوا يستحقونه
في زمن النبي عليه السلام بالنصرة وبعده بالفقراء يسقط الاغنياء بعدموته ولا يحق
الفقراء وهو الاصح وقال الطحاوي رحمه الله سهم الفقير منهم ساقط ايضا **قوله** كما حرم
العمالة اي اذا كان العامل هاشميا **قوله** اذ فقراؤهم يدخلون في الاصناف الثلاثة اي
ايتام ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى ومساكين ذوي القربى يدخلون
في سهم المساكين وابن الحبل من ذوي القربى كذلك **قوله** فيه روايتان
وجه الرواية الاخرى ان من لا منعة له لا يقدر على مغالبة الكفار وقهرهم فالأخذ
لا يكون غنيمة فلا يخمس ولان العدد اليسير انما يدخلون لاكتساب المال لا لاهزاز الدين
فصاروا كنجار العسكر والله تعالى اعلم بالصواب *

وقال الشافعي رحمه الله السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قبله مقبلا لقوله عليه السلام من قتل قتيلًا فله سلبه والظاهر انه نصب شرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر غنا فيختص بسلبه اظهر المتفاوت بينه وبين غيره ولان ما خوذ بقوة الجيش فيكون غنيمه فيقسم قسمه الغنائم كما نطق به النص وقال عليه السلام لخبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس اما مك وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما رواه وزيادة الغنا لا تعتبر في جنس واحد كما ذكرناه والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما كان على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيقته او على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس بسلبه ثم حكم التنفيل قطع حق الباقيين فاما الملك فانه ما ثبت بعد الاحراز بدار الاسلام

من الخمس ما يغنيه ويجعله نفلا له بعد الغنيمه لانه ما مور بصرف الخمس الى المحتاجين وهذا محتاج واذا جاز صرفه الى محتاج لم يقاتل فلان يجوز صرفه الى محتاج قاتل وابلى بلاء حسنا كان اولي وهذا نظير من وجد ركازا فرآه الامام محتاجا فصرف الخمس اليه جاز وفي الذخيرة ولا ينبغي للامام ان يضع ذلك في الغني ويجعل نفلا له بعد الاصابه لان الخمس حق المحتاجين لا حق الاغنياء فجعله للغني ابطال حق المحتاجين .

قوله وقال الشافعي رح الى آخره يعني ان القاتل اذا قتل مشركا على وجه المبارزة وهو مقبل استحق سلبه وان لم ينقله الامام وعندنا لا يستحق القاتل السلب بدون التنفيل **قوله** وقد قبله مقبلا وهو حال من المفعول لان الشرط عنده كون القتيل مقبلا حتى لو قتل منهزما او نائما او مشغولا بشي لم يستحق السلب **قوله** وما رواه وهو قوله عليه السلام من قتل

(كتاب السير... باب الغنائم وقسمتها... فصل في التنفيل)

وان فعله مع السرية جازلان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه ولا ينقل بعد احرار الغنيمة
 بدار الاسلام لان حق الغير قد تأكد فيه بالاحراز.

قال الامن الخمس لانه لاحق للمغانمين في الخمس واذا لم يجعل السلب للمقاتل
 فهو من جملة الغنيمة والمقاتل وغيره في ذلك سواء

ما هو المقصود بالتنفيل و انما في هذا ابطال السهمان التي اوجبها رسول الله عليه السلام
 وابطال تفضيل الفارس على الراجل وذلك لا يجوز وكذا اذا قال ما اصبتم فهو اكم
 ولم يقل بعد الخمس فهذا لا يجوز لان فيه ابطال الخمس الذي اوجبه الله تعالى في الغنيمة
 وابطالا لحق ضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز قال عليه السلام وهل تنصرون و
 ترزقون الا بضعفائكم والنفل ما ينقل الامام الغازي اي يعطيه زائدا على سهمه
 وعن علي بن عيسى رحمهما الله ان الغنيمة اعم من النفل والفي اعم من الغنيمة لانه
 اسم لكل ما صار للمسلمين من اموال اهل الشرك.

قوله وان فعله مع السرية جاز وفي المبسوط فالسرية عدد قليل يسبرون بالليل
 ويكمنون بالنهار والجيش هو الجمع العظيم بجيش بعضهم في بعض قال عليه السلام
 حبرا الاصحاب اربعة وخبر السرايا اربعة مائة وحبرا الجيوش اربعة آلاف فكان
 التنفيل للسرية تنفيلاً لبعض الجيش ولهذا اذا بعث سرية من دار الاسلام لا ينبغي ان
 تنقل السرية ما اصابوا **قوله** ولا ينقل بعد احرار الغنيمة الامن الخمس لانه لاحق
 للمغانمين في الخمس لا يقال فيه ابطال حق الاصناف الثلاثة لانه انما جاز هذا باعتبار
 ان المنفل له جعل واحد من الاصناف الثلاثة فلم يكن فيه حينئذ ابطال حق الاصناف
 الثلاثة اذ يجوز صرف الخمس الى احد الاصناف الثلاثة وذكر الامام شمس الائمة
 الصرخي رحمه الله في الحبر الكبير لابس بان يعطي الامام الرجل المحتاج اذا ابلت

من ذلك اعتبار ايسائر املاكهم واذا غلبوا على اموالنا والعباد بالله واحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي رحمه الله لا يملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح فينقصد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم وهذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالا حراز بالدار لانه

قوله من ذلك اي من مال اهل الروم الذي استولى عليه الترك **قوله** بسائر املاكهم الضمير يرجع الى الترك لانهم لما ملكوه صار كما هو اهلهم الاصلية **قوله** لان الاستيلاء محظور ابتداء اي حين اخذوا وانتهاء اي حين احرزوا بدارهم والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولا يقال الحظر غير ثابت في حقهم لانهم لا يخاطبون بالشرائع لانهم يخاطبون بالحرمان كالربوا والزنا فتثبت حرمة هذا الفعل في حقهم والمراد بالمحظور هنا المحظور من وجه دون وجه اما اذا كان محظورا من كل وجه بان يكون محظورا باصله ووصفه بان استولى المسلم على مال مسلم فانه غير موجب للملك بالاتفاق ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح اي استيلاء الكفار ورد على مال مباح لان استيلاءهم على اموالنا انما يثبت الملك لهم اذا احرزوها بدارهم والكلام فيه فبعد الاحراز بدارهم تزول عصمة صاحبها ويصير مباح التملك فلا يكون اخذهم ذلك المال عدوانا كذا في الاسرار **قوله** وهذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل اي قولنا ان استيلاءهم ورد على مال مباح لان العصمة في المال لكل من يثبت من مسلم او كافرا انما يثبت على خلاف الدليل فان الدليل يقتضي ان لا يكون المال معصوما لا حد لقوله تعالى خلق لكم ما في

لما مر من قبل حنى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم واستبرأها
لم يحل له وطئها وكذا لا يبيعها وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد ورحمة الله تعالى عليه له ان يطأها ويبيعها لان التنفيل يثبت به الملك عنده كما
يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحرابي ووجوب الضمان بالالتلاف قد قبل
على هذا الاختلاف والله تعالى اعلم بالصواب •

باب استيلاء الكفار

واذا غلب الترك على الروم فسبواهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق في
مال مباح وهو السبب على ما بينه ان شاء الله تعالى فان غلبه على الترك حل لنا ما نجد •

فتيلا فله سلبه يحتمل التنفيل وهو الظاهر لان مثل ذلك انما يكون لنصب الشرع
اذا قال له بالمدينة في مسجد • ولم ينقل انه قال ذلك الا يوم بدر عند القتال للحاجة
الى التحريض وقد كانوا اذلة ويوم حنين حين ولو امنهزمين للحاجة الى التحريض
وكما قال ذلك يوم بدر قال ايضا من اخذ اسيرا فله ثم كان ذلك منه على وجه
التنفيل فكذلك في السلب كذا في المبسوط •

قوله لما مر من قبل وهو ما ذكر في باب الغنائم وقسمتها من قوله ولان الاستيلاء
اثبات اليد الحافظة والنافلة **قوله** قد قيل على هذا الاختلاف يعني اذا تلف
النفل في دار الحرب يجب الضمان على المتلف عند محمد ورحمة الله تعالى عليه
وعندهما لا يجب والله تعالى اعلم بالصواب •

باب استيلاء الكفار

قوله واذا غلب الترك اي كفار الترك على الروم اي نصارى الروم

والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك
بالمالك العاجل فان ظهر عليها المسلمون فوجدوا المالكون قبل القسمة فهي
 لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله عليه السلام فيه
 ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة
 ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظر اليه الا ان في الاخذ
 بعد القسمة ضررا بالماخوذ منه بازالته ملكه الخاص فبدأ خذه بالقيمة ليعتدل
 النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقبل الضرر فبدأ خذه بغير قيمة

ثم اصل الداروا حدوهي بحكم الديانة مختلفة فبقيت العصمة من وجه دون وجه
 فلم يثبت الملك بالشك بخلاف اهل الحرب لان الدار مختلفة والمنعة متباينة من كل
 وجه فبطلت العصمة لنا في حقهم ولهم في حقنا من كل وجه.

قوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا الى آخره جواب عن قول الخصم انه محظور قلنا نعم
 هو محظور لانه محظور لغيره ومباح في نفسه لكونه سببا لاقامة المصالح والمحظور لغيره
 لا يمنع السبب عن كونه سببا للملك كالبيع وقت النداء ودل عليه ان المحظور لغيره
 وهو الصلوة في الارض المغصوبة يصلح سببا لاستحقاق اعلى النعم وهو الثواب في الآخرة
 فلان يصلح سببا للملك في الدنيا اولى وفي الكافي وقوله والمحظور لغيره اذا صلح
 سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل اي اذا صلى في ارض مغصوبة فما
 ظنك بالعاجل مشكل ايضا لان العصمة لا تخلو اما ان زالت بالاحراز بدارهم ولم تنزل فان
 زالت لا يكون الاستيلاء محظورا لما مروا ان لم تنزل لا يصير ملكا كما في مسئلة البغاة الا ان يقال
 العصمة المؤتممة باقية لانها بالاسلام وان زالت المقومة لانها بالدار *

عبارة عن الاقتدار على المحل حالاً وما لا

الأرض جميعاً إلا أن العصمة إنما تثبت لمن اختص هوبه بسبب من الأسباب من شرى
أورث أو غيرهما لئتمكن من الانتفاع به إذ لو لم يكن مخصوصاً هو بالعصمة نازعه آخر
في الانتفاع فلما زال تمكنه من الانتفاع بسبب أحرارهم بدار الحرب ولم يبق ما يوجب
عصمته وهو تمكن المالك من الانتفاع عاد المال مباحاً كما يقتضيه الدليل فصار بمنزلة
الصيد والحشيش ثم لما وقع استيلاؤهم عليه في هذه الحالة كان استيلاؤهم على
مال مباح فأوجب الملك لهم وعن هذا وقع الفرق بين أموالنا ورتابنا فإن الرقاب كلها
لم يخلق محلاً للملك في الأصل وإنما تثبت المحلية بعرض الكفر وليس في رتابنا ذلك
فلذلك لا يملكون أحرارنا وإن أحرزوههم بدارهم *

قوله عبارة عن الاقتدار على المحل حالاً وما لا يعني أن الكفار إذا استولوا على
أموال المسلمين فهم ماداموا في دار الإسلام أن اقتدروا عليها حالاً لم يقتدروا وما لا لأن
الظاهر أن المسلمين يغلبون عليهم ويأخذون الأموال وأما إذا أحرزوها بدار الحرب
فقد اقتدروا عليها حالاً وما لا لأنقطاع ولاية المسلمين فإن قيل كيف يملكون أموالنا
بالاستيلاء وقد قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً والتملك
بالقهر من أقوى جهات السبيل فلنا النص تناول المؤمنين وهم لا يملكونهم بالاستيلاء
وحق الاسترداد للمالك القديم لا يدل على قيام الملك فالواهب يرجع في هبته ويعيد
إلى قديم ملكه مع زوال ملكه وفي الكافي للعلامة النصف في رحمة الله وقوله في الهداية
لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فإذا زالت
المكنة عاد مباحاً كما كان مشكلاً لانا إذا غلبنا على أموال أهل البغي وأحرزنا
بدارنا لم نملكها مع زوال المكنة إلا أن يقال أراد به زوال المكنة بالأحرار بدار الحرب

قال فان امرؤا عبدا فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقت عينه واخذ ارشها فان المولى يأخذه بالثمن الذي اخذه من العدو اما الاخذ بالثمن فلما قلنا ولا يأخذ الارش لان الملك فيه صحيح فلما اخذه اخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفة لما تحولت الى الشفع صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشتري شراء فامدا

جنسه فيكون الاخذ مفيد او كذلك لو اشتراه جند بابل منه نله ان يأخذه بمثل ما اشترى ولا يكمن هذا وهو لانه انما فدي ليستخلص منه ويعيده الى قديم ملكه * **قوله** اما الاخذ بالثمن فلما قلنا وهو قوله لانه يتضرر بالاخذ مجانا **قوله** لان الملك فيه صحيح بدليل حل الوطى للمشتري من الكافروا حترز به عن المشتري شراء فامدا فان الاوصاف هناك مضمونة **قوله** لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن قيل فيه نظر لان الوصف انما لا يقابل به شيء من الثمن اذا لم يصرم مقصودا بالتناول الا ترى انه لو اشترى عبدا ففقت عينه ثم باعه مرا بحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتناول كذا في الفوائد الظهيرية وذكر البخاري رحمه الله تعالى فان قيل الوصف انما لا يقابل به شيء من الثمن اذا لم يصرم مقصودا بالتلاف الا ترى ان في مسألة المراهجة لوفاء عينه انسان اوفأها بنفسه ثم باعه مرا بحة من غير بيان ثم علم المشتري بذلك يحط فمطها من الثمن فكذلك ينبغي ان يحط من ثمن العبد قدر الارش قلنا لم يكن للمالك القديم حق اخذ الارش لما بينا صار في حقه بمنزلة الفات لا بمنزلة المتلف بخلاف مسألة المراهجة لانه متلف حقيقة ولو كان له قسط من الثمن حقيقة بان يكون شفعين حقيقة ليس له ان يرايح على غير العين الذي اخذ ارشها لان الشبهة في المراهجة ملحقه بالحقيقة فاما هنا حق الاخذ في العين بالنص

وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك واخرجه الى دار الاسلام فما لكه الاول بالخيار ان شاء اخذه بالثمن الذي اشتراه وان شاء تركه لانه يتضرر بالاخذ مجانا الا ترى انه قد دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض يأخذ بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة ولو كان مغنوهما وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان موهبا لا يأخذه لما بيناه وكذا اذا كان مشترى بمثله فراجعناه

قوله فوجدنا ان يكون قبل القسمة هي الماشي فترشي أي وان احرزها الغانمون بدار الاسلام ذكر في زيضاح ما اذا وجد قبل القسمة من يبيع ان يأخذ بالقسمة ايضا لان حق الجماعة متعلق به وقد استحكم هذا بالاحراز بدار الاسلام الا ترى انه لو اختلف اثنان شيئا من الغنيمة قبل القسمة يضمن الا ان اتركنا هذا الاصل الحديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما فانه روي عنده ان المشركين غلبوا على بعير لرجل ثم ظهر للمسلمون عليه فسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال ان وجدته قبل القسمة الحديث **قوله** ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته فان قبل هذا الملك يثبت للموهوب له بغیر عوض بخلاف ما لو ثبت لاحد الغزاة بالقسمة لان هذا الحق انما تعين له بازاء ما انقطع من حقه عما في ايدي الغانمين قلنا ههنا ايضا يثبت له هذا الملك بعوض معنى لما ان المكافاة مقصودة في الهبة وان لم تكن مشروطة فجعل ذلك المعنى معتبرا في اثبات حقه في الغنيمة الى هذا اشار في المبسوط **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان الاخذ بالمثل غير مفيد **قوله** وكذا اذا كان مشترى بمثله قد راو وصفا ولو اشتراه لمسلم باقل قد را منه او بجنس آخر او بجنحه ولكن ارد آمنه وصفا فله ان يأخذه بمثل ما اعطاه المشتري وقال في الايضاح الا ان يكون اشتراه منهم بخلاف

لان الاسر ما ورد على ملكه وللمشتري الاول ان يأخذه من الثاني بالثمن لان الاسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بالعين ان شاء لانه قام عليه بالثمنين فبأخذه بهما وكذا اذا كان الماسور منه الثاني غائباً ليس الاول ان يأخذه اعتباراً بحال حضرته ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة مذبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لان السبب انما يقيد المالك في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنائيتهم وجعلهم ارقاء ولا جناية من هؤلاء واذا ابق عبد مسلم لمسلم فدخل اليهم فاخذه ولم يملكوه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالوا يملكونه لان العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو اخذوه من دار الاسلام ملكوه

قوله لان الاسر ما ورد على ملكه كما اذا وهب رجل آخر شيئاً فوهبه الموهوب له من آخر فليس للمواهب الاول عليه سبيل ما لم يرجع الثاني في هبته **قوله** فبأخذه بهما فان قيل يتضرر المالك بذلك فوجب ان يكون له حق الاخذ من المشتري الثاني كـيلا يتضرر قلنا لو اخذ هو من المشتري الثاني يتضرر المشتري الاول ضرراً لا عوض في مقابلته ولو اخذ المالك من المشتري الاول يتضرر لكن بعوض وهو العبد فكان اولاً **قوله** وكذا من سواه اي من هؤلاء وهو المدبر والمكاتب وام الولد **قوله** بخلاف رقابهم اي رقاب الكفار من احرارهم ومدبريهم وامهات اولادهم **قوله** ولا جناية من هؤلاء اي من مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا واذا ابق عبد مسلم اولد مي ذكر الامام ابو اليسر رح في عين الفقهاء العبد المسلم لمسلم اولد مي اذا ابق الى دار الحرب فاخذه الكفار لا يملكونه عند ابي حنيفة رح والمراد يملكه الكفار واما العبد الكافر فهو ذمي تبعاً للمولاة وما بطلت الذمة بالمحقوق بدار الحرب فلا يملك الكفار كذا في عين الفقهاء وذكر في طريقة مجد الائمة رح العبد اذا كان ذمياً

والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب اما هنا الملك صحيح فانترقاوان استروا
عبدا فاشتراه رجل بالف درهم فاسروه ثانيا وادخلوه دار الحرب فاشتراه
رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول ان يأخذه من الثاني بالثمن

بخلاف القياس فكيف يلحق بها البديل وعن محمد رحمه الله ان المولى يحق عنه
حصة الارش من الفداء كالشفيع فانه يأخذ بالحصه ان استهلك احد (أخذ) شيئا من البناء
والفرق على الظاهر ان الصفة اذا تحولت الى الشفيع صار المشتري في يد
المشتري كالمشتري شراء فاسدا من حيث ان كل واحد من القبضين واجب
القبض كرها لحق الشرع .

قوله والاصاف تضمن فيه كما في الغصب اذا الواجب فيهما القيمة باعتبار القبض
وهو يرد على المجموع وفي البيع الصحيح الواجب الثمن باعتبار العقد وهو يرد على الذات
فان قيل شراء التاجر هنا ايضا بمنزلة شراء المشتري شراء فاسدا من حيث وجوب الرد
فلنا الحاق مسألة الشفعة بالمشتري شراء فاسدا اولي من شراء التاجر من الكافر من
حيث ان شراء المشتري بدون رضاء الشفيع مكروه بخلاف شراء التاجر بدون رضاء
المالك وقوله والاصاف تضمن فيه كما في الغصب اي في غير الربوي اما في الربوي
يجوز ان يغصبه حنطة فعفنت عنده او اناة فضة فمشم في يده فصاحبه بالخيار ان شاء
اخذ ذلك بعينه وان شاء تركه وضمنه مثله تقاديا عن الربوا **قوله** والمشتري الاول ان
يأخذه من الثاني ولا يكون ذلك للمالك القديم وانما رجحنا جانب المشتري الاول
على المالك القديم في ولاية الاخذ لانه على تقدير اخذ المشتري لا يبطل حق
المالك القديم لولاية الاخذ له بعد اخذ المشتري الاول ولو اخذه المالك القديم يبطل حق
المشتري الاول لانه لا ولاية له بعد اخذ المالك القديم فلهذا رجحنا جانب المشتري الاول .

والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقال يأخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء اعتبار الحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد وان دخل الحرابي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب عنق عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقال لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه في يده عبدا

بيت المال فيما اذا كان مغنوما وما في الصور الثلث وهي ما اذا كانت موهوبا ومشتريا ومغنوما قبل القسمة فلا يؤدى عوضه وانما يؤدى عوضه من بيت المال لمن وقع في سهمه لان نصيبه قد استحق فلولم يرجع على احد لكان احجا فاولولزم العوض على المالك مع استمرار ملكه لكان اضرا رابه وبعد رجوعه على شركائه في الغنمة واعادة القسمة لتفرقهم فيعوضه من بيت المال لانه معد لنوائب المسلمين وهذا من نوائبهم ولانه لو فضل شيء يتعذر قسمته كلواثة توضع في بيت المال فاذا الحق غرم يجعل ذلك في بيت المال لان الغرم مقابل بالغنم *

قوله والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه فان قيل على قول أبي حنيفة رحمه الله ينبغي ان يأخذ المالك المتاع ايضا بغير شيء لانه لما ظهر يد العبد على نفسه ظهرت على المال ايضا لانقطاع يد المولى عن المال لانه في دار الحرب ويد العبد اسبق من يد الكفار عليه فلا يصبر ملكا لهم فلما ظهرت يد العبد على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال **قوله** واذا دخل الحرابي دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما وعلى هذا الخلاف اذا كان العبد ذميا يجبر على بيعه ولا يمكن من الذهاب به الى دار الحرب كذا في الايضاح فان قيل الذمي ملتزم احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات والمستامن

وله انه ظهرت يده على نفسه باخروج من دار نالان سقوط اعتباره لتحقيق يد المولى عليه تمكينه من الانتفاع وقد زالت يد المولى ظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للمالك بخلاف المتروك لان يد المولى باقية لقيام يداهل الدار فمنع ظهور يده واذا لم يثبت المالك لهم عند ابي حنيفة رحمه الله يأخذ المالك القديم بغير شيء موهوبا كان او مشترى او غنوما قبل القسمة وبعدها يؤدى عوضه من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الا بقى لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه وان يد بغير اليهم فاخذوه ما كوه لتحقيق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه يأخذ بالتدوين ان شاء لما بينا فان ابقى عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله فاشترى رجل ذلك كله واخرجه الى دار الاسلام فان المولى يأخذ العبد بغير شيء

ففيه قولان واما اذا كان مرتد انا بقى واحق بدار الحرب بما كفه الكفار بالاجماع • **قوله** وله انه ظهرت يده على نفسه فان قيل كيف تظهر يد العبد على نفسه وقد خلف يد المولى يد الكفرة بدون واسطة نور فوت يد المولى لان دار الحرب في ايديهم فلنا ان بين الدارين حد الا يكون في يد احد وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه ولان يد الدار يد كمينه ويد العبد حقيقة فلا تندفع بيد الدار الى هذا اشار فخر الاسلام رحمه الله **قوله** بخلاف المتروك اي الا بقى الذي ترد في دار الاسلام لان يد المولى باقية في حقه حكما ولهذا الوهبة لابنه الصغير صار قابضه فبقاء المانع حكما يمنع ثبوت البدله في نفسه فبتم احراز المشركين اياه واما الا بقى الى دار الحرب فلا يكون في يد مولا حكما حتى لو وهبه لابنه الصغير لا يجوز **قوله** وبعدها اي وبعد القسمة يؤدى عوضه من

ولانه احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه او بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا
 ظهر على الدار واعتبار يده اولى من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتها على
 نفسه فالحاجة في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الى اثبات الابداء فلهذا
 كان اولى والله تعالى اعلم بالصواب .

بدارهم فيستحيل ان يزول ملكه بالا حراز لان الاحراز لما صار سبباً لاثبات الملك ابتداء
 فالولى ان يبقى الملك ثابت كما كان ولا يلزم ان يكون ما هو المثبت للملك مزيله
 وهو مد فوع بمرة قلنا ليس هذا كما اخذوا عبدا في دارنا لانهم لا يملكونه بالاخذ
 حتى يستحق عليهم الازالة بسبب الاستيلاء وانما يملكونه بالا حراز بخلاف ما نحن
 فيه فانهم ملكوه بالشراء فاستحق عليهم الازالة بالبيع ماداموا في دارنا ولما ادخلوه في
 دارهم استحق الازالة ايضا باقامة شرط الزوال مقام الازالة على ما ذكرنا من انتهاء عصمة
 ماله بالا حراز بدار الحرب وفي المبسوط فان قيل بارتفاع الامان زال صفة الخطر لاصل
 الملك كمن اباح غيره شيئا لا يزول به اصل ملكه قلنا ما كان ملكه بعد اسلام العبد في دار الاسلام
 الا باعتبار صفة الخطر فانه لو لم يكن مستأ منا كان العبد المسلم قاهرا له فكان حرا
 فاذا زال الخطر بزوال الامان زال اصل الملك الا ترى انه في دار الحرب لو قتل مولاه
 واخذ ماله وخرج الينا كان حرا وكان ما خرج به من المال له .

قوله ولانه احرز نفسه بالخروج الينا ينصل بقوله ثم خرج الينا وقوله او بالالتحاق
 ينصل بقوله او ظهر على الدار وقيد بقوله بالخروج الينا مراغما لمولاه لانه اذا خرج
 الينا غير مراغم فهو عبد لمولاه يبيعه الامام ويقف ثمنه للمولى لانه لم يخرج
 على سبيل التغلب فصار كمال الحريري الذي دخل به مستأ منا الى دارنا
 كذا في الايضاح والله تعالى اعلم بالصواب *

ولا يبي حنيفه رحمه الله تعالى ان تخلص المسلم عن ذل الكافر واجب في مقام الشرط
وهو تبلي الدارين مقام العلة وهو الا عتاق تخلصه كما يقام مضي ثلث حبض مقام
التفريق فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج
الينا اظهر على الدار فهو حر وكذلك اذا خرج عبيد هم الى عسكر المسلمين فهم احرار
لما روي ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا وخرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقضى بعنتهم وقال هم عتقاء الله

غير ملتزم قلنا المستامن ملتزم ترك الاستخفاف بالمسلمين فانا ما اعطينا الامان ليستذل
المسلم اذ لا يجوز اعطاء الامان على هذا فلهذا يجبر على بيعه *

قوله ولا يبي حنيفه رحمه الله تعالى عليه ان تخلص المسلم عن ذل الكافر
واجب ولكن ذلك الكافر مادام مستأ منافي دار الاسلام يزال بالعوض وهو الازالة
بالبيع لان مال المستامن محترم ما دام في دار الاسلام فاذا ادخله دار الحرب
انتهت الحرمته بانتهاء الامان فاسحق الازالة بالعتق لانه لما انتهى امانه بالعود الى
دار الحرب سقطت عصمة ماله فتعين العتق مخلصا للعبد ولو كان الامام قادرا
على ازالة العبد هناك عن استيلائه كان الواجب على الامام ان يجبره على الاعتاق
لاعلى البيع لانعدام عصمة ماله فلم يستحق الحربي العوض بمقابلة ازالة ملكه
لستقيط حرمة ملكه ثم لما نصرت ولاية القاضي عن ازالة ملكه بالاعتاق وهي العلة في
زوال ملكه فقام شرط زوال عصمة مال المستامن الذي هو دخول دار الحرب مقام
علة الزوال وهي اعتاق الامام منه لما انه فديقام الشرط مقام العلة عند امكن اضافة
الحكم كمن حفر البئر على فاعته الطريق فان قبل الا حراز دار الحرب سبب لاثبات
الملك فيما لم يكن ماله الا ترى انهم اذا اسروا عبيدا مسلما في دارنا ملكوه اذا احرزوه

ولا ولاية وقت الادانة اصلا ولا وقت القضاء على المستأ من لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل واما الغصب فلائنه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفنه ما لا غير معصوم على ما بيناه وكذلك لو كانا حريين فعلا ذلك ثم خرجا مستأ منين لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما ولم يقض بالغصب اما المداينة فلا نفعت صحيحة لو فوعها بالتراضي والولاية ثالثة حالة القضاء لان التزامهما الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بينا انه ملكه ولا خيب في ملك الحربي حتى يؤثر بالرد

تفوق الملك الى آخره الادانة البيع بالدين والاستدانة الاتباع بالدين وقولهم اذ ان * بتشديد الدال من باب الافتعال اي قبل الدين والدين غير القرض اذ ذاك اسم لما يقرض فيقبض وهذا اسم لما يصير في الدمة بالعقد كذا في الطلبة وذكر في كتاب الكفالة منها ان اسم الدين شامل لجميع ما يجب في الدمة بالعقد وبالاستهلاك والاستقراض.

قوله ولا ولاية وقت الادانة اصلا اذ لا ولاية لنا على اهل الحرب والجواب في مسألة الادانة قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى واما على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه فالقاضي يقضي على المسلم بالدين وقولهما مشكل لان المسلم التزم احكام الاسلام مطلقا فصار كما لو خرجا مسلمين اليما واجب بان المليون اذا كان حربيا لم يقض عليه بشي لانه غير ملتزم لذلك فاذا كان مسلما وجب ان لا يقض عليه بشي اصلا لعدم الالتزام ولكن لتحقيق المماواة بين الخصمين **قوله** لمصادفنه ما لا غير معصوم على ما بيناه اما غصب الكافر فقد ذكر في مسألة الاستيلاء بقوله

باب المستأمن

وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له أن يتعرض بشيء من أموالهم ولا من دمائهم لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم بالا سبعا ن فالتعرض بعد ذلك يكون غدا والغد حرام الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ أموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لا نهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير محتأ من نباح له التعرض وان اطلقوه طوعا فان غدر بهم اعنى التاجر فاخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فواجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به وهذا لان المحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان هو حريبا او غضبا حدها صاحبه ثم خرج اليها واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء اما لادانه فلان القضاء يعتمد الولاية

باب المستأمن

قوله والغدر حرام قال عليه السلام لكل غادر لواء ير كز عند باب استه يوم القيامة يعرف به غدرته **قوله** بخلاف الاسير لانه غير مستأمن لانه لم يوجد منه الالتزام بعهد **قوله** وان اطلقوه طوعا كان فيه وهم ان يصبره مستأنا وليس كذلك لانه ليس باستيمان **قوله** ملكه ملكا محظورا حتى لو كانت جارية كره للمشتري وطئها لانه قام مقام البائع وكلن يكره للبائع وطئها فكذلك للمشتري وهذا بخلاف المشتراة شراء فاسدا اذا باعها حل الثاني وطئها بعد الاستبراء لان الكراهة في حق الاول لبقاء حق البائع في الاسترداد وقد زال ذلك بالبيع الثاني وههنا الكراهة لمعنى الغدر **قوله** على ما بيناه اشارة الى قوله في اوائل باب استيلاء الكفار والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة

فلا تطلق الكتاب والدية لان العصمة الثابتة بالا حراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض
الدخول بالامان وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاء الا بمنعة ولا منعة
بدون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب الدية في
ماله في العمد لان العواقل لا تعقل العموم وفي الخطأ لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع
تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وان كانا اسيرين فقتل احدهما
صاحبه او قتل مسلم تاجرا سيرا فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطأ
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالوا في الاسيرين الدية في الخطأ والعمد لان العصمة
لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستيذان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم
المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولا يبي حنيفة رحمه الله ان بالاسر صار تبعاً لهم لصيرورته
مقهوراً في ايديهم ولهذا يصير مقيماً باقامتهم ومسافراً بسفرهم فيبطل به الاحراز اصله وصار
كالمسلم الذي لم يهاجر اليها وخص الخطأ بالكفارة لانه لا كفارة في العمد عندنا والله اعلم.

قوله فلا تطلق الكتاب وهو قوله تعالى من قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة اطلاق ولم يقيد
بدار الحرب او بدار الاسلام فان قيل ينبغي ان تجب الدية عند ابي حنيفة رحمه الله
فيما اذا قتل الاسير المسلم اسيراً مسلماً الاطلاق قوله تعالى ومن قتل مؤمناً الآية قلنا خص
من هذا النص المسلم الذي لم يهاجر اليها فيخص المتنازع والجماع مع كون كل واحد منهما
مقهوراً في ايديهم **قوله** كما تبطل بعارض الاستيذان على ما بيناه اشارة الى قوله لان العصمة
الثابتة بالا حراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وهذا اولي لان ذلك عن
اختيار وهذا عن اضطرار **قوله** كالمسلم الذي اي فليس في قتله الا الكفارة في الخطأ فكذلك هنا
بجامع ان كل واحد منهما تابع لاهل الدار بالتوطن ويكونهما مقهورين لهم بخلاف المستأمن
لانه متمكن من الخروج الى دار الاسلام فلا يكون تبعاً لهم فلا تبطل العصمة والله تعالى اعلم.

واذا دخل المسلم دار الحرب با مان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين
امر برد الغصب ولم يقض عليه اما عدم القضاء فلما بينا انه ملكه واما الامر
بالرد ومراة الفتوى به فلانه قدس الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد
واذا دخل مسلمان دار الحرب با مان فقتل احدهما صاحبه عمدا وخطأ فعلى القاتل
الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ اما الكفارة

ولما ان الاسنيلاء ورد على مال مباح الى آخرة واما غصب المسلم فبيد اذا دخل
الواحد او الاثنان مغيرين بغير اذن الامام واخذوا شيئا يملكونه
قوله ثم خرجا مسلمين امر برد الغصب ولم يقض عليه وهذا الجواب غير محصر
بخروجهم مسلمين فان الحربي اذا خرج مستأصاع المسلم الذي دخل دار الحرب
مستأصاعا وقد كان غصب المسلم في دار الحرب فالحكم كذلك **قوله** فعلى القاتل
الدية من ماله اي في العمد والخطأ ذكر الامام الاجل شمس الائمة السرخسي
رحمة الله تعالى عليه هذه المسئلة في الجامع الصغير ثم قال وروي عن اصحاب
الاملاء عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه قال عليه القصاص في العمد لان
يدخل المسلم دار الحرب لا ينتقض احراره نفسه بدرا الاسلام فالمسلم من اهل
دار الاسلام حيث ما يكون والقصاص محض حق الولي ينفرده باستيفائه من
غير حاجة فيه الى ولاية الامام فلا فرق حينئذ بين الدارين وجه ظاهرا لرواية ان
الاحراز باق ولكن دار الحرب دار اباحة الدم فيصبر ذلك شبهة مسقطا للعقوبة
لان مجرد صورة الاباحة يكفي لاسقاط العقوبة وان لم يثبت حقيقة كمن
يقول لغيره اقتلني فقتله

فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس فاداء التزامه صار ملتزما للمقام في دارنا اما بمجرد الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشتري بها المتجارة واداء التزامه خراج الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا ببلزوم الخراج فتعتبر امددة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاداء وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيخرج عليه احكام جمة فلا تعفل عنه واذا دخلت حربية بامان فتزوج ذميا صارت ذمية لانها التزمت المظالم تبعا للزوج واذا دخل حربي بامان فتزوج ذميا لم يصير ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما بالمقام ولوان حربيما دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او ديني في ذمتهم فقد صار ذميا مباحا بالعود لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام من ماله على خطر فان اسرا وظهر على الدار فقتل سقطت ديونته وصارت الوديعه في ذمة دارنا او الوديعه فلانها في يده تقدير الان يد المودع كيدته فيصير في ذمة دارنا تبعا لنفسه واما الدين فلان اثبات اليد عليه بواحدة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه اسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعه لورثته وكذلك اذ مات لان نعمه لم تصر مغنومة فكذلك ماله

قوله فاذا وضع عليه الخراج في الفوائد الظهيرية المراد من وضع الخراج التزام خراج الارض بمباشرة سببه وهو الزراعة وتعطيلها عنها مع التمكن منها وهو الصحيح **قوله** لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس لان كلا منهما من احكام دارنا فلما رضي بوجوب الخراج عليه رضي بان يكون من اهل دارنا وكذلك لو لم يرضه في قياس قول محمد رحمه الله بان اشترى ارضا عشرية لانهما جميعا من مؤن الارض كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله **قوله** فيخرج عليه احكام جمة

فصل

قال واذا دخل الحربي إلينا مستأمناً لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة ويقول له
 الامام ان اقامت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان الحربي لا يمكن من اقامة
 دائمة في دارنا الا باسترقاق اوجزية لانه يصير عبناً لهم وعونا علينا فنلتحق المضرة
 بالمسلمين ويمكن من الاقامة البصيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة
 ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع
 بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا مبيع عليه واذا مكث سنة فهو ذمي
 لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامة اليه صار ملتزماً بالجزية فيصير ذمياً وللامام ان يوفى في
 ذلك ما دون السنة كاشهروا شهر بن واذا اقامها بعد مقال الامام يصير ذمياً لما قلنا
تم لا يترك ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه نفع الجزية وجعل
ولده حرباً علينا وفيه مضرة بالمسلمين فان دخل الحربي دارنا بامان فاشترى ارض خراج

فصل

قوله العين الديدبان والجاسوس ذوا أعون الظهير على الامر والميرة الطعام يمتار
 الانسان من ما يميزوا تجلب المجلوب ومنه نهى رسول الله عليه السلام عن تلقي الجلب
قوله وللامام ان يوفى في ذلك ما دون السنة كاشهروا شهرين وادنى الاوقات غير مقدّر
 بل هو موكول الى رأي الامام الا انه لا ينبغي له ان يرهقه على وجه يتضرره فاذا مكث
 ماسماً جعله ذمياً واستأنف عليه الجزية بحول بعده الا ان يكون شرط عليه ان مكث سنة
 اخذ منه الجزية فباخذ هامنه حينئذ ثم لا يتركه بعده ان يرجع الى دار الحرب لان
 عقد الذمة خلف عن الاطلاق فلا يمكن له من نقضها

ولأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لأنه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى لايجاب الخمس وإذا دخل الحربي دارنا بامان وله امرأة في دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله في المرأة واولاد الكبار فظاهر لانهم حربيون كبار وليسوا با تباع وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا من قبل واما اولاد الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا امواله لا تصير محرزة با حراز نفسه لاختلاف الدارين فبقي المثل وغنيمة وان اسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فاولاد الصغار احرار مسلمون تبعا لايهم لانهم كانوا تحت ولايته حين اسلم اذا داروا حدة

قوله ولأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بل بوقوع الرعب في قلوب الكفار من قوة المسلمين فلما استحق ما وجف المسلمون عليه بسبب واحد وهو الرعب بقوة المسلمين كانت جهة واحدة ولم يتبع بعض استحقاقه اذ لك كما في مال الزكاة والعشر فلم يصح حينئذ اعتباره بالغنيمة فاستحق الخمس بمعنى وهو الرعب بقوة المسلمين واستحقه الغانمون بمعنى وهو مباشرتهم القتال **قوله** وفي هذا السبب واحد في المأخوذ بالايجاب **قوله** وهو ما ذكرناه وهو قوله ولأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين **قوله** لما قلنا من قبل اي في باب الغنائم ثم قسمتها وهو قوله وزوجته فهي لانها كافرة حربيه لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها في لانه جزؤها فيرق برقها

وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه اوعلى ورثته من بعده •

قال وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية لاحمس في ذلك وقال الشافعي رحمه الله فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي انه عليه السلام اخذ الجزية وكذا عمرو معاذ رضي الله عنهما ووضع في بيت المال ولم بخمس وهي المنع من الخروج الى دار الحرب وجرى ان القصاص بينه وبين المسلم

ووجوب الضمان في اطلاق حمرة وخنزيرة ووجوب الدية بقتله خطأ وهذه الاحكام انما تثبت بعد كونه ذميا لا قبله واووضع الخراج يكون ذميا فلذلك يجب ان لا يغفل عن شرط الوضع •

قوله وهذا لان حكم الامان باق في ماله فان قيل ينبغي ان يصير فيئا كما ان اذا اسلم الحربي في دار الاسلام له وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دار الحرب فيكون فيئا فيكون يد المودع كيد المودع في تلك المسئلة فلنا يد المودع كيد المودع من وجه دون وجه والعصمة ما كانت ثابتة في تلك المسئلة لما ان دار الحرب ليست بدار عصمة فلا تصير معصومة بالشك واما ههنا العصمة كانت ثابتة وقت الايداع ولم تظهر على دار الحرب فكانت العصمة باقية كما كانت اذ دار الاسلام دار عصمة وجف الفرس والبغير عداو جيفا وارجفه صاحبه ايجافا وقوله وما اوجف المسلمون عليه اي اعملوا خيلهم وركابهم في تحصيله والجلاء بالفتح والمد الخروج من الوطن او الاخراج يقال جلا السلطان القوم عن اوطانهم واجلاهم فجلوا اي اخرجهم فخرجوا يتعدى ولا يتعدى **قوله** والجزية بالجر عطفا على الاراضي **قوله** وقال الشافعي رحمه الله فيهما اي في الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية وفي بعض النسخ فيها اي في الثلاثة وهي الاراضي والجزية والخراج

ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدواكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الآية
جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء

المقومة بما علق به الاصل وهو العصمة المؤتممة اي تعلق العصمة المقومة بالاسلام
كما تعلق به العصمة المؤتممة فتجب الدية والكفارة في قتل الحربي الذي اسلم
في دار الحرب ولم يهاجر اليها

قوله ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدواكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة فالآية
سبقت لبيان انواع القتل وموجباته فلو جازى الا في المؤمن المطلق دية كفارة لقوله
تعالى وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا الا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة
مؤمنة ودية مسلمة الى اهله ثم اوجب بقتل مسلم لم يهاجر اليها كفارة لقوله
فان كان من قوم عدواكم وهو مؤمن اي المقتول اذا كان من الكفار اذ اوهوم مؤمن
فتحرير رقبة ثم اوجب بقتل الذي هاجر دية وكفارة فدل ايجاب الكفارة
وحدانها فيمن لم يهاجر على ان لادية **قوله** جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى
حرف الفاء لان الفاء تدخل على الجزاء والجزاء اسم للجزاء في لانه مأخوذ من جزا
اي كفايتمنع وجوب شيء آخر معه تفاديا عن الزيادة على ما هو كاف فمن اوجب
الدية جعل تحرير الرقبة بعض موجب القتل فيكون نسخا فان قيل تحرير الرقبة ان كان
كل الواجب بهذا النص ولكنه بعض الواجب بنص آخر وهو قوله تعالى ومن قتل
مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة فلنا تحرير الرقبة جزاء حقيقة والجزاء
الحقيقي لا يجوز ان يكون كلا وبعضا وانما يكون بعضا بقضية نص آخر اذا
كان ذلك النص ناسخا لهذا النص ولا يمكن القول بالنسخ لان الآية نزلت بمرة
واحدة والناسخ والمنسوخ لا يردان معا ولو تصور النسخ فتوابعه عدواكم متأخر

وما كان من مال أودعه مسلماً أو ذمياً فهو له لأنه في يد محترمة ويده كبدته وماسوى ذلك في المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا وأما المال الذي في يد الحرابي فلأنه لم يصرم معصوماً لأن يد الحرابي ليست يد محترمة وإذا أسلم الحرابي في دار الحرب فقتله مسلم عمداً أو خطأ وله ورثة مسلمون هم لك فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي رحمه الله تعالى يجب الدية في الخطأ والنقصان في الحمد لأن دار ما معصوماً لوجود العاصم وهو الإسلام كونه مستجاباً للكرامة وهذا لأن العصمة أصلها المؤتمنة لحصول أصل الزجر بها وهي ثابتة إجماعاً والمقومة كمال فيه كمال الامتناع به فتكون وصفاً فيه فيتعلق بما عاق به الأصل

قوله وما كان من مال أودعه مسلماً أو ذمياً فهو له لأنه في يد محترمة وإنما قيد بالأيدي أع لأنه إذا كان غصباً في أيديهما يكون فيه لعدم النيابة وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله تعالى يجب أن لا يكون في دار ما كان غصباً عند حرابي على قبس ما إذا أسلم الحرابي في دار الحرب فلم يخرج حتى ظهر على الدار فالجواب فيه أن ما كان ودية عند حرابي أو غصباً عند مسلم أو ذمياً أو ضائعاً فهو في عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يكون فيه كذا في إجماع الصغير لفخر الإسلام رحمه الله **قوله** لكونه مستجاباً للكرامة لأن العصمة تثبت نعمة وكرامة فيتعلق بماله أثرني استحقاق الكرامات وهو الإسلام إذ به تحصل السعادة الأبدية لا بالدار التي هي جماد فلا أثر لها في استحقاق الكرامة **قوله** لحصول أصل الزجر وإذ واجب الزجر الذي هو الكفر بها لعصمة المؤتمنة بالاتفاق **قوله** والمقومة كمال فيه أي في أصل العصمة وذلك لأنه لما وجب الأثم والمال كان ذلك أكمل من الذي وجب فيه الأثم دون المال فيتعلق الكمال وهو العصمة

الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفرة لما انه اوجب ابطالها والمرتدوا المستأمن في دارنا من اهل دارهم حكما المقصدهما الا ننقل اليها ومن قتل مسلما خطأ لاولي له او قتل حربيا دخل اليها با مان فاسلم فالدية على ما قلناه للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفعا معصومة خطأ فتعتبر بماتت النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان ولي من لاولي له وقوله وان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد وهو القود عينا وهذا لان الدية انفع في هذه المسئلة من القود فلهاذا كان له ولاية الصلح على المال فليس له ان يعقولا ان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض والله تعالى اعلم بالصواب.

قوله الا ان الشرع هذا جواب من قال المسلم الذي اسلم في دار الحرب له منعة ايضا وهم الكفار فيكون محرز انقال بلى له منعة ولكن غير معتبرة لاناماً مورون بابطال تلك المنعة **قوله** والمرتدوا مستأمن في دارنا من اهل دارهم حكما هذا جواب شبهة ترد على قوله ثم العصمة المقومة بالا حراز بالد اربان يقال انهما محرزان بدار الاسلام فينبغي ان يجب لهما النجوم ولم يجب حتى ان في قتلها لا تجب الدية مع انها في دار الاسلام **قوله** وان شاء اخذ الدية اي بطريق الصلح لان موجب العمدا القود عينا **قوله** وهو العامة او السلطان فان قيل ترد من له ولاية القصاص يوجب سقوط القصاص كما في المكاتب اذا قتل عن وفائه وله وارث قلنا الامام ههنا نائب عن العامة فصارك ان الولي واحد بخلاف ممثلة المكاتب والله تعالى اعلم بالصواب *

او الى كونه كل المذكور فينتفي غير هـ ولان العصمة المؤثمة بالآدمية لان
الآدمي خلق متحملا اعباء التكليف والقيام بها بحرمته التعرض والاموال تابعة لها
أما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقويم يؤذن بجبر الفئات وذلك في الاموال دون
النفوس لان من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة
ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك في النفوس

فيكون ناسخا لاول على ان هذا المؤمن غير داخل في تحت صدر الآية لانه افرده
حكما آخر لانه جعل كل الجزاء الكفارة وفي صدر الآية جعل الكفارة بعض الجزاء
فلم يكن داخل تحت صدر الآية.

قوله او الى كونه كل المذكور لان كل المذكور هنا التحرير لا غير والموضع موضع الحاجة
الى البيان لانه شرع في بيان الواجب واقتصر بذكر التحرير فعام به ان الواجب هو التحرير
لا غير اذا سكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان بان ما هو المذكور كل الواجب
ولا يلزم الاخلال في بيان صاحب الشرع وهو لا يجوز **قوله** والقيام به بحرمته التعرض
اي انما يمكنه القيام بتحمل اعباء التكليف اذا كان محرم التعرض اذ لو لم يكن محرم
التعرض لا يمكن من اقامة التكليف **قوله** لان التقويم يؤذن بجبر الفئات
ومعنى الجبر يتحقق في الاموال لان الفئات من ذوات الامثال يجبر بالصورة
والمعنى وفي ذوات القيم يجبر بالمعنى وهو القيمة ثم العصمة المقومة في الاموال
بالاحراز بالدار لان التقويم ينهي عن خطر المحل والخطرا انما يثبت اذا كان ممنوعا
من الاخذ فيما تصل اليه الايدي بلا منازع ومدافع لا يكون خطيرا كالماء
والشراب فكذا في النفوس.

من العتق إلى عبادان لأن النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين رضي الله عنهم لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب ولأنه بمنزلة الفتي فلا يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في رفا بهم وهذا لأن وضع الخراج من شرطه أن يقرأ أهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركوا العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام والسيف وعمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها محض من الصحابة رضي الله عنهم ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام.

قال وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لأن الإمام إذا فتح أرضاً عنوة وفهراته أن يقرأ أهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤسهم الخراج فتبقى الأراضي مملوكة لأهلها وقد قد مناه من قبل *

قال وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي أرض عشر لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر الباقية لما فيه من معنى العبادة وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخراج وكل أرض فتحت عنوة فقرأ أهلها عليها فهي أرض خراج كذا إذا صار لهم لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج الباقية ومكة خصوصاً من هذا فإن رسول الله عليه السلام فتحها عنوة وتركها لأهلها ولم يوظف الخراج وفي النجاشي الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء أذن لها وهي أرض خراج ومالم يصل إليها ماء لأنها لو استخرج منها عين فهي أرض عشر لأن العشر يتعلق بالأرض النامية ونماؤها بماؤها فيعتبر السقي بماء العشر وبماء الخراج *

قوله ومن العتق إلى عبادان هذا طوله كذا في النهاية **قوله** والخراج الباقية لأن في الخراج معنى العقوبة ولأن فيه تغليظاً حتى أنه يجب وأن لم يزرع والكافر الباقية بالعقوبة ومكة مخصوصة من هذا وكان القياس في أرض مكة أن تكون خراجية لأنها افتتحت عنوة لكن

باب العشر والخراج

قال ارض العرب كلها ارض عشروهي ما بين العذيب الى انصى حجب باليمن
بمهرة الى حد الشام والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان
ومن الثعلبية و يقال

باب العشر والخراج

ذكر ابو يوسف رحمه الله تعالى على ما في الامالي حدود ارض العرب ما وراء حدود
الكوفة الى انصى صحرا اليمن وهو مهرة وفي شرح اندرري قال الكرخي رحمه الله
على ما في ارض العرب كلها عشريه ردي ارض الحجاز وتهامة واليمن ومكة والطائف
ولبرية يعني البادية وقد ظهر ان من روى الى انصى حجب باليمن بسكون الجيم وفسره
بالجانب فقد حرف لوقوع صخر مونة والسواد اي اراضي سواد العراق وبه صرح الامام
التمرناشي رحمه الله تعالى عليه يقال سواد الكوفة والبصرة اي قراهما وسمي سواد
العراق به اخضرة اشجاره وزرعه العذيب ماء لتميم وحلوان اسم بلدة والثعلبية
من منازل البادية ووضعها موضع العاث في حد السواد خطأ اُثبت بفتح العين
وسكون اللام قرية موقوفة على العلوية وهو اول العراق شرقي دجلة عبادان
حصن صغير على شط البحر

تلك وهو ما بين العذيب الى انصى حجب باليمن بمهرة وهذا طول وقوله بمهرة تفصير قوله
الى انصى حجبوا ما عرضه فهو ما بين يبرين والدهناء ورمل عالم الى مشارق الشام
ومهرة بفتح الميم وسكون الهاء ابو قبيلة وسمي به ونسب لابل المهرية الى ذلك الموضع
تلك والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان هذا عرضه

قال وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بمساحة الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رضي الله تعالى عنه وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخارج لايزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجارا حروفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من اي شيء كان.

قال فان لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام بالنقصان عند قلة الربيع جائز بالاجماع الا ترى الى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما نطبق ولو زدناها لا طاقات وهذا يدل على جواز النقصان واما الزيادة عند زيادة الربيع يجوز عند محمد رحمه الله اعتبارا بالنقصان وعند ابي يوسف رحمه الله لا يجوز لان عمر رضي الله عنه لم يزد حين احبر زيادة الطاقة وان غلب على ارض الخراج الماء وانقطع الماء عنها

اجريب ارض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون بذراع الملك كسرى يزيد هو على ذراع العامة بقبضة كذا ذكره الامام التمرناشي رحمه الله وفي المغرب الذراع المكسرة ست قبضات وهي ذراع العامة وانما وضعت بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك بقبضة كذا ذكر الامام التمرناشي رحمه الله تعالى عليه وكانت ذراعه سبع قبضات وقيل هذا حكاية عن جريبه في اراضيهم وليس يتقدر لازم في الاراضي كلها بل جريب الاراضي يختلف باختلاف البلاد ان فيعتبر في كل بلد متعارف اهله فالمراد بالقبض الصاع وهو ثمانية ارطال اربعة امضاء خلافا لابي يوسف رحمه الله تعالى عليه وهو يكون من الحنطة او الشعير وفي شرح الطحاوي فقيز مما يزرع فيها الرطبة بالفتح الاسفست الرطب والنخيل المتصل الذي اتصل بعضها ببعض على وجه يكون كل الارض مشغولة بها

قال ومن احبا ارضا موثا فهي عند ابي يوسف راح معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج ومغناه بقربة فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية والبصرة عندها كلها عشرية باجماع الصحابة رضى لان حيز الشئ يعطى له حكمه كنفاء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز احباء ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة ان يكون خراجية لانها من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة رضى وظفوا عليها العشر فترك القياس لا جماهم وقال محمد رحمه الله ان احباها بئر حفرها او بعين استخرجها او ماء دجلة والفرات والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية وكذا ان احباها بماء السماء وان احباها بماء الانهار التي احتفرها الا عاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامية

قال والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء ففيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل مشرة دراهم وهذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة عليه مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلاثين الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم من غير تكبير فكل اجماعا منهم ولان المؤمن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة والزرع اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم اعلاها وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها *

رسول الله لم يوظف عليها الخراج وكلا رقى على العرب فكذلك الخراج على اراضيهم *
قوله نهر الملك على طريق الكوفة من بغداد ويزدجرد ملك من ملوك العجم

قال وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان النمل كان ثابتا وهو الذي فوته قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه الخراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يغنى به كيلا يتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فتعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاؤه على المسلم ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذي يبيع ويؤخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رضي الله تعالى عنهم اشتروا اراضي الخراج وكا نوايؤدون خراجها فدل على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم

قوله وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان النمل كان ثابتا وهو الذي فوته هذا اذا كانت الارض سالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة فلم يزرعها اما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم مؤنه واسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره مزراعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وان شاء آجرها واخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعهابنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ من ثمنها الخراج وهذا بخلاف وان كان هذا نوع حجروفيه ضرر ولكن هذا الحاق ضرر بواحد للعامة وعن ابي يوسف رحمه الله تدفع الى العاجز كفايته من بيت المال ليعمل فيها قرضا وفي جميع الشاهد رحمه الله باع ارضا خراجية فان بقي من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البائع كذا ذكره الامام النمرتاشي رحمه الله **قوله** قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى كمن له ارض الزعفران فتركها وزرع المحبوب فعليه خراج الزعفران وكذا لو كان له كرم فقلع وزرع المحبوب فعليه خراج الكرم لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يغنى به كيلا يتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس

او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء
التقديري المعتبر في الخارج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض
الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كافي مال الزكاة او يدار الحكم على الحقيقة
مند خروج الخارج *

قوله او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لانه مصاب فيستحق المعونة ولوا خذناه
بالخراج كان به استيصاله ومما حرم من سيرا لا كاسرة انهم كانوا اذا اصطلم
الزرع آفة يردون على الدائن من حزا ينهم ما انفقوا ويقولون لنا جر شريك في
الخسران كما هو شريك في الربح فان لم يرد عليه شيئا فلا اقل من ان لا يأخذ منه
الخارج وهذا بخلاف الاجر فانه يجب به ما كانت الارض مشغولة بالزرع لان الاجر
عوض المنفعة فيقدر ما استوفى من المنفعة يصير الا جرد ينال في ذمته فاما الخارج
فصلة واجبة بقدر ريع الارض فلا يمكن ايجابه بعد ما اصطلم الزرع آفة لانه
ظهر انه لم يتمكن من استغلال الارض بخلاف ما اذا عطلها حيث لا يسقط خراجها لانه
هو الذي اختار ترك الاستغلال والانقاع بها وقصد بذلك اسقاط حق مصارف الخارج
فرد عليه قصده وفي الفوائد الظهيرية الفرق بين الاجر والخارج مع ان كل واحد منهما
معلق بالتمكن وهو ان الاجر يجب شيئا فشيئا بمقابلته استيفاء المنفعة ولا كذلك
الخارج لانه لا يجب شيئا فشيئا تعتبر المكنة في المدة التي يحصل فيها الربح ثم قال هذا اذا
ذهب كل الخارج اما اذا ذهب بعضه فان بقي مقدار الخارج ومثله ان بقي مقدار درهمين
وتفيزين يجب الخارج لانه لا يزيد على نصف الخارج وان بقي اقل من مقدار الخارج يجب
نصفه قال مشايخنا رحمهم الله ما ذكر في الكتاب ان الخارج يسقط بالاصطلام محمول على
ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه ان يزرع الارض ثانيا اما اذا بقي فلا يسقط الخارج

والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة وسبب التحقين واحد وهو الأرض النامية إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقاً وفي الخراج تقديراً ولهذا يضافان إلى الأرض وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما ولا يتكرر الخراج بتكرار الخراج في سنة لأن عمر رضي الله تعالى عنه لم يوظفه مكرراً بخلاف العشر لأنه لا يتحقق عشراً إلا بوجوبه في كل خارج والله تعالى أعلم بالصواب •

باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فينتقدربحسب ما يقع عليه الاتفاق

قوله والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة لأن بينهما ما فيها لأن الطوع ضد الكره الحاصل من القهر فلما لم يجتمع السببان لم يثبت الحكم **قوله** وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما حتى لو اشترى أرضاً وعشراً وخراجاً للتجارة ففيها العشر أو الخراج دون زكاة التجارة عندنا لأن الواجب حق الله تعالى متعلق بالأرض كالزكاة فلا يجتمعان كما لا تجب زكاة السائمة والتجارة باعتبار مال واحد ثم العشر والخراج صار وظيفة لهذه الأرض فلا يسقط مع أنه سبق ثبوتاً من زكاة التجارة ولا أنه أكد على معنى أنه لا يسقط بعذر ما والزكاة تسقط بعذر الصبا والجنون وإذا كان آكد كان أولى •
بالإيجاب كذا في الإيضاح والله تعالى أعلم بالصواب •

باب الجزية

الجزية اسم لما يؤخذ من أهل الذمة والجمع الجزى مثل المحية واللحم وإنما سميت بها لأنها تجزى عن الذمي أي تفضى وتكفى عن القتل فإنه إذا قبلها سقط عنه القتل هي ثابتة بالكتاب وهو قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون

من غير كراهة ولا عشر في اخراج من ارض الخراج وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين مختلفين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشرو خراج في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل والنجاة لم يجمع بينهما وكفى باجمعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض تحت عنوة وقهرا والعشر في ارض اسلم اهلها طوعا

وان قيل كيف يجوز هذا وهم لو اخذوا كان اخذهم في موضعه لكونه واجبا قلنا المعنى من ذلك انا لو اقمنا بذلك لادعى كل ظالم في كل ارض ليس هذا شأنها انها كانت هي قبل هذا تزرع الزعفران او الزراجين فيأخذ منها خراج الزعفران او الزراجين وهذا منهم طمع في غير مطمع فيكون هذا ظلما وعدوانا كذا في الفوائد الطهيرية .

قوله من غير كراهة احتراز عما يقوله المتعسف به مكره ويستدلون بما روي ان النبي عليه السلام رأى من آلات الحرثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا ظنوا ان المراد الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشغلوا بالزراعة وتبعوا اذ ناب البقر وفعدوا عن الجهاد ذكر عليهم عدوهم فجعلوهم اذلة وقدر روي عن عبد الله بن مسعود والحسين بن علي وشريح رضي الله تعالى عنهم انه كانت لهم ارضون بالسواد يودون حراجها **قوله** في محلين مختلفين بسببين مختلفين وكذلك لمصرفين مختلفين اما اختلاف المحل فان الخراج في ذمة المالك والعشر في الخراج واما اختلاف السبب فان سبب الخراج الارض النامية تقديرا وسبب العشر الاصل النامية تحقيقا واما اختلاف المصروف فان الخراج مصروف الى المعاتلة والعشر مصروف الى الفقراء * *

او عدله معاف من غير فصل ولا ن الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كما اذ راري والنسوان وهذا المعنى ينظم الفقير والغني ومذهبنا منقول عن عمرو وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم اجمعين ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار ولا نها وجبت نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لانها وجبت بدلا عن النصرة بالنفس والمال

قوله او عدله معاف راي خذ مثل دينار بردا من هذا الجنس يقال ثوب معاف راي منسوب الى معاف بن موثم صار له اسما بغير نسبة كذا في المغرب وذكر في الفوائد الظهيرية معاف حي من همدان ينسب اليه هذا النوع من الثياب وعدل الشيء بالفتح مثله من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه **قوله** ومذهبنا منقول عن عمرو وعثمان وعلي رضي الله عنهم التمسك به من وجهين احدهما ان نصب المقادير بالرأي لا يكون فدل انه اعتماد السماع من النبي عليه السلام والثاني انه فعل ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ومشورة منهم ولم يرد عليه احد فصارا جماعا **قوله** وهذا لانها وجبت بدلا عن النصرة بالنفس والمال ولهذا ضربت الجزية على الصالحين للقتال الذي يلزمهم القتال في سبيل الله لو كانوا مسلمين فان قيل هذا لا يجوز لان القتال فرض كفاية والجزية فرض عين قلنا ان القتال في الاصل واجب على كل انسان منا لكنه وجب للذب عن الدار وكسر شوكة المشركين فاذا حصل ذلك بالبعض سقط عن الاخرين وهذا كالسعي واجب على كل مسلم فان حمله انسان كرها الى الجمعة سقط عنه ذلك لانه وجب لا مكان الجمعة وقد حصل بدون فعله فكذلك الجهاد حتى اذا لم يحصل ذلك لزم على كل انسان ذلك فان قيل النصرة طاعة لله تعالى وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفا عن الطاعة قلنا ان الخليفة عن النصرة في حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين كذا في الاسرار

(كتاب السير... باب الجزية)

كما صلح رسول الله عليه السلام أهل بني نجران على ألف ومائتي حلة ولأن الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي إلى غير ما وقع عليه الاتفاق وجزية يبتدئ الإمام وضعها إذا غلب الإمام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منهم في كل شهر أربعة دراهم وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يضع على كل حال دينار أو ما يعدل الدينار الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه خذ من كل حال واحد ديناراً

والسنة وهو ما روي أنه عليه الصلوة والسلام أخذ الجزية عن مجوس هجر وقد طعن بعض الملحدين حيث قالوا كيف يجوز تقرير الكفار على الشرك بمال ولوجاز إذا أجاز تقرير الزاني على الزنا بمال يؤخذ منه والجواب عنه أنه ليس المقصود هو المال بل الدماء إلى الدين باحتمال الوجوه لأنه بعقد الذمة يسكن بين المسلمين ويرى محاسن الدين فربما يعلم مع أن فيه دفع شرقاته •

قوله كما صلح رسول الله عليه الصلوة والسلام بني نجران على ألف ومائتي حلة نجران بلاد أهلها نصاري والحلة أزار ورداء هذا هو المختار ولا تسمى حلة حتى يكون ثوبين وهي من الحلول من حل الدار أو الحل من حل العقدة لما بينهما من الفرجة **قوله** على الغني الظاهر الغنى هو صاحب المال الكثير الذي لا يحتاج إلى العمل والمتوسط الذي له مال لا يستغني به له من العمل والمعتمل الذي يكسب أكثر من حاجته ولا مال له وقيل الفائق الذي يملك عشرة آلاف درهم فصاعداً ومتوسط الحال الذي يملك مائتي درهم فصاعداً والمعتمل الذي يملك ما دون المائتين ولا يملك شيئاً كذا في شرح القندوري •

واذا ظهرنا عليهم فمساؤهم وصبيانهم في أن ابا بكر الصديق رضي الله تعالى عنه استرق
 نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وفسمهم بين الغانمين ومن لم يهلم من
 رجالهم قتل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لائها وجبت بدلا عن القتل
 او عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقتلان لعدم الاهلية

قال ولا زمن ولا اعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا ومن ابي يوسف
 رحمه الله انه تجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأي .

وكانوا اعرف بفهم معانية واعلم ببلاغته واعجازه فكانت الحجة اياهم الزم فان قيل
 على هذا وجب ان لا يقبل الجزية من العرب وان كانوا من اهل الكتاب قلنا المراد
 بالعرب عربي الاصل واهل الكتاب وان كانوا سكنوا فيما بين العرب وتوالدوا فيهم
 ليسوا بعربي الاصل فالنبي عليه السلام صالح بن نجران على الف ومائتي حلة كل سنة
 وكذا عمر رضي الله عنه اخذ الجزية من نصارى بني تغلب وهم عرب لكن باعتبار
 سكنهم في ارض العرب لا باعتبار الاصل وانما العرب في الاصل هم عبدة الاوثان وانهم
 آمنون كما وصفهم الله تعالى في كتابه ولان الابقاء على ما اعتقده ليكون نوع تخفيف في حقه
 واهل الكتاب جنائتهم في الكفر اخف من جنائهم عبدة الاوثان لا فرارهم ببعض الرسل والكتاب
 الا ترى انه تحل منا كنههم وذبيحتهم بهذا القدر فلذلك ثبت هذا النوع من التخفيف *

قوله بدلا عن القتل او عن القتال فان قيل تلزمها النصرة بالمال لو كانت مسلمة فكذا
 اذا كانت ذمية قلنا الجزية ما شرعت خلفا عن النصرة في حقنا لا غير بل خلفا عن
 النصرة في حقنا وعن القتال او عن القتل في حق المأخوذ منه ولهذا يصرف المأخوذ
 الى المقاتلة لتحصيل النصرة بما له كما تحصل ببذنه لو كان مسلما فاذا لم يكن من
 اهل القتال والقتل والجزية بدل عن الامرين فلا يجب باحدهما

وذلك يتفارت بكثرة الوفروقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمود على انه كان ذلك
صلحا ولهذا امر بالاخذ من الحاملة وان كانت لا تؤخذ منها الجزية •

قال وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين اتوا الكتاب
حتى يعطوا الجزية الآية ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس *
قال وعبد الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول ان القتال
واجب لقوله تعالى وقتلوهم الا ان عرفنا جواز تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق
المجوس بالخبر بقي من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب
الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى
المسلمين ونفقته في كسبه وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساءهم وصبيانهم في
لجوا واسترقاقهم ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ
اما مشركوا العرب فلان النبي عليه السلام نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم
فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد فلا نه كفر بربه بعد ما هدى الى الاسلام ووقف
على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة وعند الشافعي
رحمة الله تعالى عليه يسترق مشركوا العرب وجوابه ما قلنا

قوله وذلك يتفاوت بكثرة الوفروقلته فالفقير لو كان مسلما ينصر الدار را جلا
ووسط الحال ينصرها راكبا والفاثق في الغنى يركب ويركب غلامه
قوله وتوضع الجزية على اهل الكتاب اي من العرب والعجم **قوله** فالمعجزة
في حقهم اظهر لانه نشأ بين اظهرهم وكانوا يعرف بحاله قبل بعثه حتى كانوا
يسمونهم امينا وكانوا يعرفونه محترزا عن الكذب غاية الاحتراز فمن كان
محترزا عن الكذب على العباد لا يكذب على الله تعالى والقرآن نزل بلغتهم

ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكره هنا وذكر محمد
رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله أنه توضع عليهم إذا كانوا يقدرّون على العمل
وهو قول أبي يوسف رحمه الله وجه الوضع عليهم أن القدرة على العمل هو الذي
ضبطها فصار كتعطيل الأرض الخراجية وجه الوضع عنهم أنه لا قتل عليهم إذا كانوا
لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لا سقوط القتل ولا بد أن يكون المعتمل صحباً
ويكتفى بصحته في أكثر السنة ومن أسلم وعليه جزية سقطت وكذا مات كافراً
حلالاً للمشافعي رح فيهما أنه أنها وجبت بدلاً عن العصمة أو عن السكنى وقد وصل إليه
المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الأجرة والصالح عن دم العمد ولنا قوله
عليه السلام ليس على مسلم جزية لأنها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية

قالوا وإنما قال ذلك أبو حنيفة رحمه الله لأنه ونع في رأيهم من أهل الكتاب
وأما الزنادقة فاحذوا الجزية منهم بناء على قبول التوبة منهم قالوا لوجاء الزنديق قبل أن
تؤخذ فأقرانه زنديق فتاب عن ذلك تقبل توبته فإن أخذ ثم تاب لا تقبل توبته لأنهم
باطنية يظهرون شيعاً ويعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتلون ولا تؤخذ منهم الجزية
ولا تقبل توبتهم كذا في سير فتاوى قاضي خان رحمه الله

قوله وكذلك إذا مات كافراً وكذا إذا دعى أو صار مقعداً أو زماً أو شيخاً كبيراً
لا يمكنه أن يعمل أو صار فقيراً لا يقدر على شيء وبقي عليه من جزية رأسه شيء
سقط ذلك الباني كذا في فتاوى قاضي خان **قوله** أنه وجبت بدلاً عن العصمة إذا صل
العصمة بالاسلام كما ورد به الحديث والذهبي حرم دمه بغير الاسلام بما التزم من المال
للمسلمين أو عن السكنى فإنه لما أراد السكنى دارنا أبداً لا يمكن إلا بمال وقد وصل إليه
المعوض فلا يسقط عنه العوض بعارض الاسلام أو الموت **قوله** في الأجرة والصالح عن دم العمد

قال ولا على فقير غير معتمل خلا فاللشافعي رحمه الله اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه ولنا ان عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ولان خراج الارض لا يوظف على ارض لا طائفة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل ولا نوضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانها بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم

قوله وعن النصرة في حقنا لان اهل الذمة يصيرون منادارا والقيام بنصرة الدار واجب على اهلها ولا يصلح ابدانهم لهذه النصرة لميلهم الى اهل الدار المعادية اعتقادا فاجب الشرع عليهم في اموالهم جزية عقوبة لهم على كفرهم بدلا عن القتل وخلفاء عن النصرة التي فانت باصرارهم على الكفر في حقنا **قوله** وجوابه ما قلنا من تغليب كفرهم واذا ظهر عليهم فمساؤهم وصبيانهم في لانه عليه السلام سباذرية او طاس وهو ازن واسترق ابو بكر رضي الله عنه نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسم بين الغانمين حتى وقع في سهم علي رضي الله عنه الحنيفة فولد منها محمد بن الحنيفة واذا ظهر عليهم اي على مشركي العرب والمرتدين الا ان ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام وذراري عبدة الازنان من العرب ونساءهم لا يجبرون على الاسلام وحنيفة ابوحي من العرب **قوله** وعلى اعتبار الثاني لا يجب اي على اعتبار النصرة لانه لا يجب عليهم النصرة والجزية بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا **قوله** ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم اي تحملوا زيادة الجزية بالغنى بسبب هؤلاء وتؤخذ الجزية من كل كافر مومن مشركي العرب والمرتدين واما الصابيون فقد قال ابو حنيفة رحمه الله تؤخذ منهم الجزية وقال صاحباه لا تؤخذ

ولهذا لا تقبل منه لو بعث علي يدنا ثبته في اصح الروايات بل يكلف ان يأتي به بنفسه
 فيعطى قائما والقابض منه قاعد وفي رواية يأخذ بتلبيسه ويهزه هزا ويقول اعطني الجزية
 يا ذمي فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تدخلت كالحدود ولانها وجبت
 بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكون في المستقبل لانفي الماضي
 لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان
 الماضي وقعت الغنية عنه ثم قول محمد رح في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة
 اخرى حملها بعض المشايخ رح على الماضي مجازا وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من
 الماضي ليتحقق الا جنما ع فيند اخل وعند البعض هو مجرى علي حقيقته والوجوب عند
 ابي حنيفة رح باول الحول فيتحقق الا جنما ع بمجرى المجيء او الاصح ان الوجوب عندنا
 في ابتداء الحول وعند الشافعي رح في آخره اعتبارا بالزكوة ولنا ان ما وجب بدلا عنه
 لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعدمضي الحول فاجبناها في اوله .

قوله ولنا ان ما وجب بدلا عنه فالذي وجبت الجزية بدلا عنه القتل في حقهم والنصرة
 في حقنا والقتل انما يستوفى لحراب قائم لا لحراب ماض فكذا النصرة انما يتحقق
 في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه فلولا فلان الوجوب في آخر السنة يلزم ان لا يجب
 شيء لان في الماضي من السنة لم يبق الحراب قائما وقعت الغنية عن النصرة فلا يجب
 واما الجواب عن اعتبار الزكوة فقلنا انما وجبت الزكوة في آخر الحول لان الزكوة انما
 تجب في المال النامي وحولان الحول هو الممكن من الاستملاء لاشتماله على الفصول
 لا ربعة على ما صر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الاداء **قوله** على ما قررنا اشارة
 الى قوله لان الماضي وقعت الغنية عنه **قوله** فاجبناها في اوله بخلاف الزكوة لان سببها المال
 النامي والنمو لا يتحقق الا بمدة وقد رت مدة النمو بالحول فقبل حولان الحول لا يثبت .

وهي الجزاء واحد عقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقضاء دفع بالموت والاسلام ولانها وجبت بدلا عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى وان اجتمعت عليه الحولان تد اخلت الجزيتان وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى لم تؤخذ وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تؤخذ منه وهو قول الشافعي رحمه الله وان مات عند تمام السنة لم تؤخذ منه في قولهم جميعا وكذلك ان مات في بعض السنة اما مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تد اخل فيه بالاتفاق لهما في الخلاف ان الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي الصنين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه ولا يبي حنيفة رحمه الله انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه

يعني لو كانت الجزية بدلا عن السكنى تكون في معنى الاجرة فلا تسقط بالموت والاسلام كما في الاجرة ولو كانت بدلا عن العصمة يكون في معنى بدل الصلح عن دم العمد وذلك لا يسقط بالموت والاسلام فكذا ما هو في معناه *

قوله وهي والجزاء واحد هو يطلق على المثوبة والعقوبة بمقابلة الطاعة والمعصية وهذه ليست بمثوبة فتعين عقوبة ولهذا تستوفى بطريق المذلة والصغار وفي النص اشارة اليه حيث جعل حلالهم عند الاعطاء فيكون اصرارا ظاهرا وهي المعنى بالعقوبة **قوله** والعصمة تثبت بكونه آدميا جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى عليه انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى *

قال ويؤخذ اهل الذمة بالتمييز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم
وقلا نعمهم فلا يركبون الخيل ولا يحملون السلاح ولا يعملون بالصلاح وفي اجماع الصغير
ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكسبيات والركوب على السروج التي كهيفة الاكف
وانما يؤخذون بذلك اظهار اللصغار عليهم وصيانة الضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم
والذمي يهان فلا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلولا تكن علامة مميزة فلعله
يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة تجب ان تكون خيطا غليظا من الصوف
يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام ويجب
ان يتميز نسائهم عن نماثنا في الطرقات والحمامات وتجعل عليهم دورهم
علامات كيلا يقف عليها سائل يدعولهم بالمغفرة قالوا الا حق ان لا يتركوا

لارضها ومحلها لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة وفرات قد احاطت بها الكسبية عن
ابي يوسف رحمه الله خبط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يزينون به
من الزناير المتخذة من الابريسم ومنه امر عمر رضي الله عنه اهل الذمة باظهار الكسبيات
قوله وصيانة الضعفة المسلمين المراد من الضعفة هم الضعفة في الدين لا الضعفة في البدن اي
انما يؤخذ اهل الذمة بما يورث عليهم الصغار والذلة لكي يروا في اعين الذين لم يتصلبوا
في دين الاسلام على وجه الصغار والذلة حتى لا يقولوا ان الكفار ينقلبون في النعمة
والدعة والمؤمنين في المحنة والصنعة وان لا يميلوا الى الكفر بسبب سعةهم ورونق
حالاتهم واليه اشار الله تعالى الى قوله ولو لا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر
بالرحمة ليوثهم سقفا من فضة الاية **قوله** فلولا تكن علامة مميزة فلعل الذمي
يعامل معاملة المسلمين وربما يموت منهم احد فجأة في الطريق فاذا لم تكن معه
علامة يظنونه مسلما فيصنعون به ما يصنعون بموتى المسلمين والتحرز عن ذلك واجب
في حق الكفار فان قيل اليس ان النبي هم لم يأخذ بذلك يهود المدينة ولا نصارى نجران

فصل

ولا يجوز أحداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد احد اثنها وان انهدمت البيع والكنايس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى دائمة ولما اقرهم الامام بقدر عهد اليهم الاعادة لانهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث في الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت لانه تبع السكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر والمرومي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الدمة وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقرىها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب •

فصل

قوله لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة **الخصاء** بالكسر والمد على فعال مصدر خصاه يخصيه أي نزع خصيته والاحصاء في معناه خطأ ذكره في المغرب وقيل المراد به التبتل والامتناع من النساء كما يفعله اهل الكتاب حتى يصبر في حكمة النخعي يقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدتهم وكذلك البيعة مطلقا في الاصل وان غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى **قوله** والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة أي لا يمكنون من احداث الصومعة التي يتخلون فيها ايضا **قوله** والمرومي عن صاحب المذهب أي عن ابي حنيفة رحمه الله والمراد من المرومي قوله وهذا في الامصار دون القرى جزر الماء اذا انفرج عن الارض حين غار ونقص منه الجزيرة ويقال جزيرة العرب

فصل

ونصارى بني تغلب يؤخذ من اموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة لان عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحض من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ويؤخذ من نساءهم ولا يؤخذ من صبيانهم لان الصلح وقع على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهم دون الصبيان فكذا المضاعف وقال زفر رحمه الله لا تؤخذ من نساءهم ايضا وهو قول الشافعي رحمه الله لانه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا يصرف مصارف الجزية ولا جزية على النومان ولنا انه مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية

فصل

بنو تغلب قوم من نصارى العرب وكان لهم شوكة وقوة فطالبهم عمر رضي الله عنه بالجزية فابوا وخاف عمر رضي الله تعالى عنه ان يلحقوا بالروم فيصبروا وعونا لهم وطلبوا ان يؤخذ منهم ما يؤخذ من المسلمين فابى ذلك عمر رضي الله عنه فوقع الصلح على ان يضاعف عليهم ما يؤخذ من المسلمين من الصدقات بمحض من الصحابة رضي الله عنهم ثم اختلفوا في هذا الواجب فقال زفر والشافعي رحمه الله تعالى هو جزية حتى لا يؤخذ من نساءهم وصبيانهم وقال اصحابنا رحمه الله هو واجب بشرائط الزكوة في حق المأخوذ منهم وخراج الارض في حق الآخذين لان الصلح وقع على تضعيف الزكوة ومن قضية التضعيف ان يعم مواضع وجوب الصدقة ولا تتبدل الشروط والاسباب فجعل الواجب في حقهم بشرائط الزكوة واسباها **فولله والمرأة من اهل وجوب مثله اي مثل مال وجب بالصلح**

ليركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في جامع المسلمين فان لزمته ضرورة
 اتخذوا سرجا بالصفة التي تقدمت ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف
 ومن امتنع من الجزية او قتل مسلما وسب النبي ءم اوزني بمسئمة لم ينتقض عهده
 لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداءها والالتزام باق وقال الشافعي رح
 سب النبي ءم يكون نقضاً لانه ينقض ايمانه فكذلك ينقض ايمانه اذ عقد الذمة خلف عنه
 ولنا ان سب النبي عليه السلام كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه الظاهر لا يرفع *

قال ولا ينتقض العهد الا وان يلحق بدار الحرب او يغلبون على موضع فيحاربونا
 لانهم صاروا حرباً علينا فيعري عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب واذا انقض
 الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد عنه في الحكم بموته بالحق لانه يلحق بالاموات وكذا
 في حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسرى سرق بخلاف المرتد والله تعالى اعلم بالصواب *

ولا مجوس هجر قلنا انهم في زمن رسول الله ءم كانوا معروفين بالمدينة لا يشبه حالهم فكان
 لا تقع الحاجة الى ذلك ثم في زمن عمر رضي الله عنه لما كثرت الناس ممن يعرفونه من لا يعرف ونفت
 الحاجة الى ذلك كان ذلك صواباً لرسول الله ءم انما دار عمر فالحق معه وذكر التمر ناشي
 رح فيكتفي في كل بلد من العلامة بما تعرفه اهله لان المقصود يحصل بهذا الجفاء هو الغلظ في
 العشرة والخرق في المعاملة وترك الرفق ومنه قوله فانه جفاء في حق اهل الاسلام اي ترك
 حسن العشرة باهل الاسلام لان في الامر لاهل الذمة يتميزهم بما يوجب اعزازهم من اتخاذ
 الزنا نير عن الابرسم اهانة لاهل الاسلام لان من اعز عدو وصديقه فقد اهان صديقه *

قوله ليركبوا للضرورة كالخروج الى الرستاق وذهاب المريض الى موضع
 يحتاج اليه **قوله** وكذا في حكم ما حمله من ماله يعني ان الذمي اذا نقض العهد والحق
 بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون ذلك المال فنياً كما المرتد اذا الحق
 بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار فماله في والله تعالى اعلم بالصواب *

لان الغني من اهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لهذه الصلة اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولا .

قال وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما هداة اهل الحرب الى الامام والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعما لهم وعلما لهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الاباء فلولم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب ولا يتفرغون للقتال ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي والله تعالى اعلم بالصواب .

قوله لان الغني من اهلها اي في الجملة بان كان عاملا القنطرة مالا يرفع والجسر ما يرفع قوله ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء والعطاء ما يكتب للغزاة في الديوان ولكل من قام بامر من امور الدين كالقاضي والمفتي والمدرس وفي الابتداء كان يعطى لكل من كان له ضرب مؤنة في الاسلام كازواج النبي عليه السلام واولاد المهاجرين والانصار رضي الله تعالى عنهم وكذا لومات في آخر السنة لا يورث العطاء لما قلنا انه صلة فلا يملك قبل القبض كما لمرة اذا ماتت ولها نفقة مفروضة في ذمة الزوج تسقط كذا هنا وانما وضع المسئلة في نصف السنة لانه لومات في آخر السنة يستحب صرف ذلك العطاء الى قريبه لانه قد اوفى غناه فيستحب صرفه الى ورثته ليكون اقرب الى الوفاء والله تعالى اعلم بالصواب .

الآثرى انه لا يراعى فيه شرائطها ويوضع على مولى التغلبى الخراج اى الجزية
 وخراج الارض بمنزلة مولى القرشى وقال زفر رحمة الله تعالى عليه يضاعف
 لقوله عليه السلام ان مولى القوم منهم الآثرى ان مولى الهاشمي يلحق به في
 حق حرمة الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا نوضع الجزية
 على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات
 فالحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة

قوله ولا يراعى فيها شرائطها اى لا يراعى في المضاعفة من الزكاة شرائط الجزية
 من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب والاعطاء قائما والقباض
 قاعدا واخذ التليب والهز **قوله** بمنزلة مولى القرشى اى لا تؤخذ الجزية
 وخراج الارض من القرشى وتؤخذ من معتقه فكذلك ههنا تؤخذ الجزية
 من معتق التغلبى وان لم تؤخذ من التغلبى ولنا ان هذا تخفيف اى اخذ ضعف
 ما يؤخذ من المحلم تخفيف لما ذكرنا انه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية
 والمولى لا يلحق بالاصل في التخفيف وما قوله عليه السلام مولى القوم منهم
 فقلنا قد تعذرا جراء هذا الحديث على عمومته لان عقاد الا جماع على ان مولى
 الهاشمي لا ينزل منزلة الهاشمي في الكفاءة وكذلك مولى القرشى
 على ما ذكرناه واذا تعذرا جراءة على العموم يجب تأويله على معنى
 التعاون والتناصر لانه من لوازمه فان الرجل متى كان من القوم يقوم بنصرتهم
 واما حرمان مولى الهاشمي عن الصدقات باعتبار الاحترام والاستعظام وقد ذكرنا
 ان الحديث مأول بمعنى التناصرف في النصراستعظام فلذلك الحق مولى الهاشمي
 به في ذلك المعنى كذا في العوائد الظهيرية

وكيفية توبته ان ينبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما
انتقل اليه كفاة لحصول المقصود *

قال فان قتله فقاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهية
ههنا ترك الممنوع وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدهوة
غير واجب واما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس حتى تسلم وقال الشافعي رحمه الله
تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية مغلظة فتناظرها
عقوبة مغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها ولنا ان النبي عليه السلام
نهى عن قتل النساء ولان الاصل تأخير الجزية الى دار الآخرة اذ نعجلها يخل
معنى الاهتلاء وانما عدل منه دفعا لشركنا جزوه والحرب ولا يتوجه ذلك من النساء
لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية

قال ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الافرار

نصب الحكم بالرأي في الموضع الذي لا مد حل فيه للرأي لانه من المقادير وفيها
لا يجري الرأي فلنا هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لان ورود النص في خيار
البيع بثلاثة ايام ووروده للمعنى الجماع بينهما بعينه لان التقدير هناك بثلاثة ايام
للتأمل والتقدير بها هنا ايضا للتأمل *

قوله وكيفية توبته ان ينبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام اي بعد الاتيان
بكلمتي الشهادة **قوله** لان الكفر مبيح اي كفر المحارب **قوله** وقال الشافعي
رحمه الله يقتل لما روينا وهو قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه كلمة من
يعم الرجال والنساء كقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وبه تبين ان الموجب
للقتل تبدل الدين لان مثل هذا الكلام لبيان العلة وقد تحقق تبدل الدين
منها والا شراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم ولان ردة الرجل تبسح القتل

باب احكام المرتدين

قال واذا رتد المسلم عن الاسلام والعباد بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه لانه عساه اعتريه شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته *

قال ويحبس ثلثة ايام فان اسلم والاقبل وفي الجماع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام حرا كان او عبدا فان ابي قتل وتأويل الاول انه يستمهل فيمهل ثلثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى انه يستحب ان يؤجله ثلثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعي رحمه الله تعالى عليه ان على الامام ان يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرة فلا بد من مدة يمكن التأمل فقد رنا بالثلث ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وكذا قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ولانه كما فرح ربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز تأخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل

باب احكام المرتدين

قوله باحسن الامرين الاسلام والقتل والاسلام احصهما قال عليه السلام اعلي رضي الله عنه لان يهدي الله بك واحدا خيرا من ان يقتل ما بين المشرق والمغرب **قوله** وتأويل الاول انه يستمهل فيمهل اي قوله ويحبس ثلثة ايام اذا استمهل فيمهل ثلثة ايام اما اذا لم يستمهل يقتل من ما عنه في ظاهر الرواية وفي النوادر من ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يستحب للامام ان يمهل وان لم يطلب وقال الشافعي رحمه الله يجب الامهال ولا يحل له القتل قبل ذلك **قوله** لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار فان قيل هذا

قال وان مات او قتل على رده انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال رده فيما وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله كلاهما لورثته وقال الشافعي رحمه الله كلاهما في لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا امان له فيكون فيما ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق

ملك المرتد من امواله برده زوالا مراعى ابي محفوظ ومو فوفازواله الى ان تبين حاله لان رده توجب زوال ملكه على قول ابي حنيفة رحمه الله ثم لو اسلم فالمال ماله على ما كان وان مات او قتل يكمل السبب المزيل لملكه وقت الموت مستندا الى اول السبب وهو الردة كما في البيع بشرط الخيار فانه اذا اجيز يثبت الملك من وقت العقد حتى يستحق المشتري المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة جميعا فعلى هذا الطريق التوريث فيه توريث المسلم من المسلم فان قيل زوال ملكه اما ان يكون قبل الردة او معها او بعدها والحكم لا يسبق السبب ولا يقترون به بل يعقبه وبعد الردة هو كافر قلنا نعم المزيل للملك رده كما ان المزيل للملك موت المسلم ثم الموت يزيل الملك عن الحي لا عن الميت فكذلك الردة تزيل الملك عن المسلم وكان الردة تزيل ملكه فكذلك تزيل عصمة نفسه وانما تزيل العصمة عن معصوم لا عن غير معصوم فيتحقق بهذا الطريق توريث المسلم من المسلم.

قوله ثم هو مال حربي لا امان له فيكون فيما فيوضع في بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار انه مال ضائع قلنا المسلمون يستحقون ذلك بالاسلام وورثته شاركوا المسلمين في الاسلام ويرجعوا عليهم بالقرابة لان ذا العقبين مقدم على ذي سبب واحد فكان الاصراف اليهم اولى

فنجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت او امته والامة يجبرها مولدا اما المجبر فلما ذكرنا ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب في كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام .
قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت الى حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعند همالا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل بقي ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالاحزاب فهذا يوجب زوال ملكه ومالكه غير انه مدعو الى الاسلام بالا جبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل هذا العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل بالسبب وان مات او قتل على رده او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه .

لتغلظ الجنابة اذ النكار بعد الاقرار اغلظ من الاصرار في الابتداء على النكار وردها تشا ركها فيه فتشا ركها في موجبها كالزنا مع الاحسان ولنا انه عليه السلام نهى عن قتل النساء ولم يفصل بين المرتدة والكافرة الاصلية ولان تبدل الدين جنابة عظيمة ولكنها بين العبد وربه فالجزاء عليها مؤخر الى دار الآخرة لان الاصل في الاجزية تأخيرها الى دار الجزاء اذ تعجيله يخل بمعنى الابتلاء وما عجل في الدنيا صيانة شرعت لمصالح يعود البناء كالقصاص وحد القذف والزنا والعرقه والشرب لصيانة النفوس والاعراض والا نساب والاموال والعقول وانما عدل عنه في الرجل لدفع شرنا جزوه والاحزاب وهو معدوم في المرأة اذ بنيتها لاتصلح للمحارب فلا تقتل في الكفر الاصلية والطارئة .
قوله فنجبر على ايفائه بالحبس لانه شرع على منع الحقوق مع القدرة على الاداء كما في حقوق العباد **قوله** فلما ذكرنا اي لانها امتنعت من ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار **قوله** ويزول

قال وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحقه عنق مدبروه وامهات
اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته من
المسلمين وقال الشافعي رحمه الله تعالى يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة
فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه بالحق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق
احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالتزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كما لو لموت الا انه
لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي لا حتمال العود اليه فلا بد من القضاء واذا تقرر موته
ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا
عند لحاقه في قول محمد رحمه الله تعالى لان اللحق هو الحب والقضاء لتقرر
لقطع الاحتمال وقال ابو يوسف رحمه الله وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء
والمرتد اذا لحقت بدار الحرب نهى على هذا الخلاف وتقضى الديون التي لزمته
في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمته في حال رده من الديون
تقضى مما اكتسبه في حال رده قال العبد الضعيف عصمه الله تعالى هذه
رواية عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام وان لم يف
بذلك تقضى من كسب الردة وعنه على عكسه

فيثبت التعلق باول اجزاء الردة ثم البينونة بعد تمامها وهو في اتمام الردة مختار
فيتحقق منه الابانة في حال ما تعلق حقها بماله فيصير فارا وهذا بخلاف ارتداد المرأة
في صحتها ان ارتدادها لم يكن سببا للسوت اذ هي لا تقتل بالردة والمرتدة
اكتسابها لورثتها المسلمين لانه لا حراب منها فلم يصرمالها فيثا بل بقي على ملكها
واحق الناس بملكها ورثتها *

على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويمتد الى ما قبل ردة اذ الردة سبب الموت فيكون تورث المسلم من المسلم ولا يبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله اعتبار الاستناد وعنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة اذ مات او قتل على ردة وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتبة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب النفي بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رحمه الله ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصد ابطال حقه وان كانت صالحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بها بالردّة بخلاف المرتد •

قوله على ما بيناه اشارة الى قوله لانه مكلف محتاج وكونه مكلفا يشعر بكمال الاهلية وكمال الاهلية لا يقتضي زوال الملك بل يقتضي تقررهما فصار هذا الملك لمحكوم برجمه حيث لا يزول ملكه هناك **قوله** وبقي وارثا الى وقت موته حتى لو اسلم بعض قرائنه بعد ردة او ولد له من علوق حادث بعد ردة لا يرثه على هذه الرواية **قوله** لانه يصير فارا فان قبل بمجرد الردة تقع الفرقة فكيف يصير فارا وهو صحيح البدن فلنا لان الردة سبب الموت وحق الوارث يتعلق بمال المورث باول سبب الموت كما في المرض

وقالا يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاء والطلاق لانه لا يفنقر الى حقيقة الملك وتامم الولاية

قوله وقال يجوز ما صنع في الوجهين احد هما الاسلام والثاني احدا لا وجه الثلاثة من الموت والقنل والمحق **قوله** نافذ بالاتفاق كالاستيلاء والطلاق لانه لا يفنقر الى حقيقة الملك حتى اذا اجاعت جاريته بولد فادعى نسبه ثبتت نسبه منه وورث هذا الولد مع ورثته وكانت الامة ام ولده لان حقه في ماله اقوى من حق الاب في جارية ولده وذا يكفي لصحة الاستيلاء فهذا احق والطلاق لا يفنقر الى تمام الولاية فقد صح طلاق العبد مع قصور ولايته وفي الكافي للعلامة النصفية رحمه الله وصورته اذا ارتد معا وشارفي الاسرار الى ان ردة احد الزوجين سبب موجب للفرقة على سبيل المنافاة حكما لا وضعا بدليل ان الردة اسم لتبديل الدين لا لقطع النكاح شرعا ووضعها وكذلك يصح في غير النكاح ولان الفرقة عقيب الردة بلا فصل واقعة بالاجماع في غير المدخول بها فثبت انها واقعة لمنافاة بينهما حكما اذ لا ثالث ههنا واذا كان كذلك كانت المحلية باقية من حيث الوضع والحقيقة لانعدام ام تايبدا محرمة فكانت المرتدة في العدة محلا للطلاق وغير باقية من حيث الحكم فجعلناه نسخا عملا بالشبهين بخلاف الحرمة الثابتة بالمحرمة لانها موبدة فكانت منافية للنكاح من كل وجه فلم يبق محلا للطلاق لانعدام فائدة اثر الطلاق وذكر في المحبب وكل فرقة توجب التحريم موبدا فان الطلاق لا يلحق المرأة لانه لا يظهر له اثر واذا ارتد الرجل واحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاقه لان تباين الدارين مناف للنكاح فكان منافي للطلاق الذي هو من احكام النكاح فان عاد الى دار الاسلام وهي في العدة وقع عليها الطلاق لان المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة قائمة فيقع الطلاق ومن هذا القسم قبول الهبة وتسليم الشفعة والعجز على عبده المأذون

وجه الاول ان المصنف بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار
السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب الذي في
تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه
الوارث فيه ومن شرط هذه الخلقة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما
كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية المالك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه
الا اذا تعذر قضاءه من محل آخر فينبذ يقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له
يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث
ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين
منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقدما لحقه
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه
حتى يجري الارث فيهما والله تعالى اعلم *

قال وما باعه او اشتره او اعنته او وهبه او رهنه او تصرف فيه من امواله في حال
ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطلت
وهذا عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه

قوله وكسب الردة خالص حقه فان قبل هذا اينا فض قوله قبل هذا اما كسب
الردة فليس بمملوك له قلنا لا يلزم من كونه خالص حقه ان يكون ملكا له كما كسب
المكاتب تكون خالصة له وهي ملك المولى فيكون معنى قوله خالص حقه اي
لا يتعلق به حق الورثة واقضى ما في الباب ان يكون ذلك فينا على تقدير موته على الردة
وكونه فينا لا يخرج من ان يكون حقه باقيا فيه حتى تقضى ديونه منه كالذمي
اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين وتقضى ديونه منه

وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمترد ما لم يسلم
ومختلف في توقفه وهو ما عد دناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ يعتمد الملك
ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه
من قبل ولهذا لو وادله ولد بعد الردة لسنة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده
بعد الردة قبل الموت لا يرثه فتصح تصرفاته قبل الموت الا ان عند ابي يوسف رحمه الله
تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عودة الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل وصار
كالمرتدة وعند محمد رحمه الله تعالى عليه تصح كما تصح من المريض لان
من انتحل الى نحلة لا سيما معرضا عما نشأ عليه فلما يتركه فيفضي الى القتل
ظاهر بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولا يبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه انه حربي
مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء على

قوله وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة فان اسلم نفذت المفاوضة وان مات او قتل اوقضي
بلحاظه بطلت المفاوضة اتفاقا ولكن يظهر انها كانت عنانا عندهم او عند ابي حنيفة
رحمه الله يبطل اصلا لان في العنان وكما لقوهي موقوفة **قوله** على ما قررناه من قبل
وهو قوله لانه مكلف محتاج آه **قوله** ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لسنة اشهر من امرأة مسلمة
يرثه وهذا لا يوضح ان الملك للمترد باق وانما قيد بقوله من امرأة مسلمة لان الام
اذا كانت نصرانية كان الولد مرتدا تبعا لابي له لانه اقرب الى الاسلام من النصرانية لانه
يجبر على الاسلام بخلاف النصرانية والمترد لا يرث احدا لانه لا ملة له ولا ولاية لانها
كرامة وهو مهان والارث من باب الولاية وان كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها
والمسلم يرث من المترد ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه هذا ايضا لا يوضح
ان الردة ليست كالوفاة من كل وجه واهلية المترد للملك باقية

وباطل بالا اتفاق كالتكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له

قوله وباطل بالا اتفاق كالتكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وذكر في النهاية فان قيل ايش تعني بالملة ان عنيت بها ملة الاسلام ينقض بصحة نكاح اهل الكتاب وان عنيت بها الملة السماوية ينقض بصحة نكاح المجوس واهل الشرك فيما بينهم اذ ليست لهم ملة سماوية اصلا لا مقررة ولا صحرفة ومع ذلك نكاحهم محكوم بالصحة والدليل على صحة نكاحهم وجوب الحكم على قاضي اهل الاسلام بالنفقة والسكنى وجريان التوارث بين الزوجين ولانهم لو اسلموا على نكاحهم ذلك يقرون عليه اذ لم يكن النكاح في ذات رحم محرم منهم وقال عليه السلام ولدت من نكاح لا من سفاح قلنا قال الامام ظهير الدين رحمه الله في الفوائد وقد راجعت الفحول في هذا فلم اجد لديهم ما يجدي نفعاً كنت في ذلك منملماً حتى هجس في نوادي والتايط بصغري ان المعنى من تلك الملة هي الملة التي يتدينون بذلك النكاح ويقرون على ذلك لان عند ذلك يحصل ما هو الغرض من النكاح وهو النوالد والتناسل وتنظم مصالح النكاح واذا كان كذلك فالمرتد والمرتدة لهما على تلك الملة فلا يصح نكاحهما وذلك لان المرتد يستتاب بالسيف والمرتدة تستتاب بالحبس فكيف ينظم ما هو الغرض من النكاح فلما لم يحصل بهما هذا الغرض لا تكون لهما ملة يتدينون بها التوارث فلا يصح نكاحهما فالحاصل ان حل الذبيحة يقتضي ملة يتلقى من الكتاب وصحة النكاح تقتضي ملة لو مات عليها يرثه من كان عليها بذلك النكاح فلذا جاز نكاح المجوسي ونكاح سائر المشركين لانهم دائروا دينا لو مات من عليه يرثه من كان عليه ويقرون على ذلك الذين فحينئذ تنظم مصالح النكاح فيصح نكاحهم بخلاف المرتد والمرتدة على ما قلنا فلا يصح نكاحهما

لان القضاء قدم مصحح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك فكانه
 لم يزل مسلما لما ذكرنا واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام نجاء ت
 بولد لا اكثر من ستة اشهر منذ ارتد فادعاه نهبي ام ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه وان كانت
 الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة ولحق بدار الحرب اما صبي الاستبلا د فلما قلنا
 واما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية والولد تبع له لقربه الى الاسلام للجبر عليه
 فصاري حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا
 لها لانها خير مما دينا والمسلم يرث المرتد واذا لحق المرتد بما له بدار الحرب ثم ظهر
 على ذلك المال فهو في فان لحق ثم رجع واخذ ما لا والحقة بدار الحرب فظهر على
 ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم لان الاول مال لم يحرقه الارث

قوله لان القضاء قدم مصحح لان القاضي قضى بعقوبتهم عن ولاية لانه لو كان في دار الاسلام
 كان له ان يمينه حقيقة فاذا خرج عن ولايته كان له ان يمينه حكما فاذا قضى
 عن ولاية ينفذ فضاؤه والعنق بعد وقوعه لا يحتمل النقض **قوله** بدليل مصحح وهو
 قضاء القاضي بلحاقه **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي
قوله فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر وكذا الحكم في ستة اشهر وفائدة التقييد به انها
 اذا جاءت به لا نل من ستة اشهر فالولد يرث من ابيه المرتد وان كانت امه نصرانية
 لاننا حينئذ بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا للاب واما اذا جاءت به
 لستة اشهر من وقت الردة لا يتبين بعلوق الولد قبل الردة فلا يجعل الولد مسلما
 باسلام الاب قبل الردة كذا ذكره الامام قاضيان رحمه الله **قوله** فلما قلنا اشارة
 الى قوله لانه لا يستقر الى حقيقة الملك **قوله** فالولد تبع له لقربه الى الاسلام فان قيل
 لم لا يجعل مسلما باعتباره دار الاسلام كاللقبط فلنا لان تبعية الدار عند دم الابوين فلما

وصار كالحربي يدخل دارنا بغیر امان فيؤخذ ويقتل وتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطان سبب العصمة في المصلين فوجب خلافا في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل فان عاد المرتد بعد الحكم لمحاقة الى دار الاسلام مسلما فما وجدته في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه

قوله وصار كالحربي يدخل دارنا بغیر امان الى قوله وتوقف تصرفاته لتوقف حاله لا في هناك يتوقف حال الحربي بين الاسترفاق والقتل والامن وههنا بين القتل والاسلام ثم هناك ان اسرق او قتل بطل فان ترك نفذ فكذلك هنا توصيحه ان المرتد هالك حكما والهلاك الحقيقي بنا في مالكية المال ولا بنا في توقف المال على حقه كالتركة المصنفة بالدين فكذلك الهلاك الحكمي واذا توقف المالك توقف ما ينتمي اليه من التصرفات كما في الحربي الذي ذكرنا بخلاف المقضي اليه بالقصاص والرجم فهناك لم يزل ما به عصمة المال والنفس وهو الاسلام وانما استحق نفسه بما هو من حقوق تلك العصمة في حق ولي القصاص حتى لو قتل غير ولي القصاص بغیرا ذنه يقتل القاتل فيبقى مالا كحقيقة لبقاء عصمة ماله وقد انعدم ههنا ما به كانت العصمة في حق النفس في حق الكل فكذلك في حق المال لانه تابعة للنفس في العصمة ولان تاثير الردة في نفي المالكية فوق تاثير الرق فان الرق ينفي مالكية المال ولا ينفي مالكية النكاح والردة ينفيهما فلما لم يعتبر تصرف الرفيق باعثبا رما لكية المال فهنا لولي **قوله** في المصلين اي في فصل الحربي والمرتد

لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي هو يكون خلفه كالوكيل من جهته
 وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العنق عنه واذا قتل المرتد رجلا
 خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على رده فالدية في مال اكتسبه في حال الاسلام خاصة
 عند ابي حنيفة رح وقال الدية فيما اكتسبه في حال الاسلام والردة جميعا لان العواقل لا تعقل
 المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين
 ولهذا يجري الارث فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب في الاسلام لنفوذ تصرفه فيه دون
 المكسوب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيثما عنده واذا قطعت
 يد المسلم عمد افارتدوا العباد بالله ثم مات على رده من ذلك او لحق بدار الحرب ثم جاء
 مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله لورثته اما الاول فلان السراية حلت
 محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك لان الاهدار
 لا يلحقه الاعتبار اما المعبر فقد يهدو بالابراء فكذا بالردة واما الثاني وهو ما اذ الحق ومعناه اذا قضى
 بلحافه لانه صار ميتا قد برأ الموت يقطع السراية واملا مة حيوة حادثه في التقدير فلا يعود حكم
 الجناية الاولى واذا لم يقض القاضي بلحافه فهو على الخلف الذي نبينه ان شاء الله تعالى •
قال فان لم يلحق واسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
 رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله في جميع ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة
 اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد فاسلم وليهما
 ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم
 تتخلل الردة وهذا لانه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر بقاها
 في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله

قوله لنفوذها بدليل منفذ لصدورهما من الابن حال ولائته **قوله** لان اعتراض الردة اهدر

والثاني انتقل الى الورثة بقضاء القاضي بالمحافة فكان الوارث مالكا قد بما
واذ الحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما
فالمكاتبة جائزة والكتابة والولاء للمرتد الذي اسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة

عند وجودهما فلا يثبت ابتداء الاسلام للمولد باعتبار الدار كما لصغير اذا سبي ومعه احد ابويه
فان قيل يشكل على هذا الولد المولود بين المسلمين اذا ارتد ابواه فانه يبقى الولد مسلما
مادام في دار الاسلام باعتبار الدار فعلم بهذا ان تبعية الدار معتبرة عند وجود الابوين ايضا
قلنا انما كان كذلك لان هناك قد ثبت للولد حكم الاسلام قبل ارتداد ابويه
باعتبار تبعيتهما فيبقى على ما كان باعتبار بقائه في دار الاسلام بخلاف ما نحن فيه
فانه لم يكن لهذا الولد حكم الاسلام فلا يثبت ابتداء الاسلام باعتبار الدار اذا كان في يد
ابوين كافرين وفي الفوائد الظهيرية بعد ذكر ورثة الولد فيما اذا كانت امه مسلمة
وما قال في الكتاب ان الارث يستند الى حالة الاسلام ليكون فيه تورث المسلم من المسلم فيما
اكتسبه في حال الردة يضعف بهذه المسئلة لان الولد هنا لم يكن موجودا حال الاسلام ومع
هذا يرث فعلم بهذا ان الصحيح هو ما رواه محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله انه يرثه
من كان وارثا عند موته سواء كان موجودا وقت الردة او حدث بعد ذلك *

قوله والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي هذا اذا رجع بعد قضاء القاضي بماله لو رثته
فاما قبل القضاء فكذلك في رواية وفي رواية يكون فيقال ان بمجرد الحقوق لا يصير
المال ملكا للورثة وجه الاول ان القضاء شرط ليرجع جانب مدم الرجوع الى دارنا
فتقرر موته ولما خرجنا الى مغير او رجع بماله ظهرا انه لا يريد العود الى دارنا
فتقرر موته من حين الحقوق بدار الحرب فيصير ماله لورثته من ذلك الوقت
فانما اخذ المرتد مال الورثة فلماذا يرد عليهم **قوله** فالمكاتبة اي بدل الكتابة

والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا كما به الأثرى أنه لا يتوقف تصرفه بالانقراض
وهو الرق فكذا بالادنى بطريق الأولى وإذا ارتد الرجل وامرأته والعباد بالله وبحق
بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا أو ولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا
فالولدان في لأن المرتدة تسرق فينبعها ولدها ويجبر الولدان على الإسلام

قوله والكتابة لا يتوقف بالردة لأنها لا تبطل بحقيقة الموت فلا تبطل بالمحاق الذي
هو شبه الموت فإن قيل سلمنا أن المكاتب يملك أكسابه وإن كان مرتدا لكن لما قتل
من وفاء كان حرا في آخر جزء من أجزاء حياته كما هو هذا مبنائه يستند حرية إلى
ما قبل الموت حتى يحكم بحرية أولاده الموجودين في حال كتابته فحينئذ كان مالكه كمنه في
حال الارتداد كسب الحر المرتد فيجب أن يكون فيقال على قول أبي حنيفة رحمه الله
فلما ذلك جواب القياس وأما جواب الاستحسان فهو ميراث لورثته لانا حكمنا بحريته
بالاداء بعد الموت في الحقوق المستحقة بالكتابة وذلك حرية أولاده وحقيقة الملك
له في المكاسب فيماعد ذلك يعتبر مبتدأ لا ينفذ وصيته وإن مات من وفاء
لأنها ليست من الحقوق المستحقة بالكتابة وإذا كان كذلك فنقول في عدم صبرورته
فيقال فيجوز كانه مات عبدا وكسب العبد المرتد لا يكون فيقال كذا في الفوائد الظهيرية
قوله فكذا بالادنى وهو الردة يعني أن الرق اقوى من الردة في المانع من التصرف
لأن بعض تصرفات المرتد نافذ بالإجماع كالاستيلاء وعندهما مائة تصرفاته نافذة كالبيع
والعراء وغيرهما أما العيد فمنع من التصرفات كلها ثم لم يتوقف تصرف المكاتب مع أنه
رفيق لم يتوقف تصرفه أيضا مع أنه مرتد بالطريق الأولى **قوله** فحبلت المرأة في دار الحرب
قبل ذكر دار الحرب وقع اتفاقا فانها إذا حبلت في دارنا ثم لحقت به بدار الحرب
فالجواب كذلك ولعله يشتمل على فائدة وهي أن العلوق في متين كان في

وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وابى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولا مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتباً واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلان المكاتب انما يملك اكتسابه بالكتابة

الصراية فلا ينقلب الى الضمان بالاسلام لان الردة معنى لومات عليه بالصراية لا يلزم شيء فكذا اذا لم يموت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه او تناقضا البيع ثم مات لا يجب الادية اليد كالمومات على البيع لان البيع معنى لومات عليه لم يجب بالصراية شيء ولان البيع معنى يقطع ملكه في النفس مع قيام النفس محترمة والردة تبطل حق النفس اصلاً الا انا نقول ان الردة ليمت بابراء من ضمان الجناية وضعاً ولا شرعاً بل هي لتبديل الدين الاترى انها تصح من غير ابراء الا انه اذا مات على ذلك لم يجب الضمان لهدرد به بالردة بخلاف ما اذا باع العبد المجني عليه لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل نصده فقد قطع البديل ايضا فصار كالابراء كذا في الاسرار.

قوله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين فانه اذا قال لعبد ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار متق اما لو عدم المالك عند اليمين او عند الحنث لم يعنى هذا هو الحكم في المقطوعة يده وان كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات المقطوعة يده من قطع اليد مسلماً فاذا كان ممداً فلا شيء له لان الواجب في العمد القود وقد فات محله حين قتل على رده او مات وان كان خطأ فعلى ما قلناه القاطع دية النفس لانه عند الجناية كان مسلماً وجناية المصدم اذا كانت خطأ على ما قلناه وتبين بالصراية ان جنايته كانت قتلاً.

قال وارث اداصبى الذي يعقل ارتداد عن ابي حنيفة ومحمد رح ويجهز على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه ارتداد ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر الشافعي رحهما الله اسلامه ليس باسلام وارثه ليس بارتداد لهما في الاسلام انه تبع لا بويه فيه فلا يجعل اصلا ولا نه يلزمه احكاما تشوبها المضرة فلا يؤثر له ولنا فيه ان عبا رضي الله تعالى عنه اسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والافرار معه لان الافرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والسحائق لا ترد وما يتعلق به معادة ابدية ونجاة عقب ابية وهي من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي ثم يمتني عليه غيرها فلا يبالى بشوبه ولهم في الردة انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه لانه تعلق به اعلى المنافع على ما مر ولا يبي حنيفة ومحمد رحهما الله تعالى فيها انها موجودة حقيقة

قوله ولا يقتل اي وان ادرك كافرا قوله وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور وهو قوله سبقكم الى الاسلام طراه غلاما ما بلغت او ان حلمه وقبل اول من اسلم من الرجال ابو بكر رضي الله عنه ومن النساء خديجة ومن الصبيان علي رضي الله عنهم والتعلق به مشكل اذ لم ينقل انه عليه السلام صحح اسلامه في احكام الدنيا من حرمان الميراث ووفوع الفرقة وان قلت صحح في احكام الآخرة فهذا معلوم ولا كلام فيه انما الكلام في احكام الدنيا فان قلت ذكره مطلقا فانصرف اليهما قلنا هي حكاية حال فلا مضموم لها واحكام الآخرة مرادة فلم يرد غيرها

(كتاب السير... باب احكام المرتدين)

ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يجبر تبعا للمجد واصله
التبعية في الاسلام وهي رابعة اربع معاملة كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة
جرا الولاء والاخرى الوصية للقراية *

دار الحرب كان ابعد عن الاسلام و منى كان في دار الاسلام كان اقرب الى
الاسلام باعتبار الدار اكون الدار جهة في الاستتباع فالجبر هنا ك يكون جبرا هنا
بالطريق الاولين *

قوله ولا يجبر ولد الولد وهو ظاهر الرواية وجهه انه لو كان مسلما تبعا للمجد * كان تبعا
لمجد جده فحينئذ يكون الناس كلهم مسلمين باسلام آدم عليه السلام فلا يجبر على الاسلام
تبعا للمجد ولا يجبر ايضا تبعا لابييه وهو الولد الاول لان التبعية لا يستتبع غيره وقوله فالولد ان
في ا ما ولد الولد فلانه كافر اصلي واما الولد الاول فلانه ولد المرتدة وولد المرتدة يلبس
تبعا للاسلام لان الولد تبعية الام في الرق والحرية **قوله** كلها على الروايتين اي في
ظاهر الرواية لم يجعل الجسد بمنزلة الاب في تلك المماثلة وفي رواية
الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه جعل الجسد فيها بمنزلة الاب
اما صورة صيرورة الولد مسلما باسلام جده فهي ما ذكره واما صورة صدقة
الفطر فهي ان الاب اذا كان فقيرا او عبدا او الجسد موزر هل يجب فطرة الجسد على
الجسد ام لا صورة جرا الولاء انه اذا اعتق الجسد والجسد حر والاب رقيق هل
يكون ولاء الجسد الى الجسد ام لا وصورة الوصية للقراية اذا وصى رجل لذي قرابة
لا يدخل الولد ان فيها هل يدخل الجسد ام لا ففي ظاهر الرواية يدخل وفي
رواية الحسن لا يدخل *

وهذا في الصبي الذي يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغيير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل والله تعالى اعلم بالصواب

قوله وهذا في الصبي الذي يعقل يعني في صبي عاقل يقيم الحجج الواضحة على وحدانية الله تعالى ونبوة محمد عليه السلام حتى اذا ناظر الموحدين وانظر الملحد افهم والاعتقاد باطن لا يوقف عليه فيقام السبب الظاهر وهو الاقرار عن طوع ومقارعة كما في البالغ ثم بعد وجود الشيء حقيقة اما ان يسقط اعتباره بحجر شرعي واحجر عن الاسلام باطل ولا يحكم بصحته لضرر يلحقه وذا باطل لانه سبب السعادة الابدية فكان محض منفعة في الدنيا والاخرة وهو الحكم الاصيلي الموضوع له ثم قد يمتنع عليه حرمان الارث والفرقة فلا يبالى بذلك لان المنظور اليه في التصرفات الموضوعات الاصلية الا ترى ان اذا ثبت اذا جعل مسلما تبعا لغيره والتبعية فيما يتمحض نفعا لا فيما يشوبه ضرر وكونه موليا عليه لا ينفي كونه وليا بل يثبت الامران لينتفع بهما وهذا لانه لما كان قاصرا الاهلية صلح موليا عليه ولما كان صاحب اصل الاهلية صلح وليا ومتى جعلناه وليا لم نجعله فيه موليا عليه ومتى جعلناه موليا عليه لم نجعله وليا فيه فانه اذا صار مسلما باسلام نفسه لا يكون فيه تبعا لابويه واذا كان مسلما تبعا لا يكون مسلما باسلام نفسه فلا يكون بينهما منافاة وقولهم في الردة انها مضرّة محضة قلنا نعم الردة ضرر اكنه اهل للتصرف الضار اذا كان يندرج في امكانه تلافيه الا ترى ان الاقرار بالرق منه يصح وان كان ضررا لامكان تلافيه باقامة البينة على حريته فان قيل لو صح اسلامه بنفحة كان ذلك منه فرضا لاستحالة القول بكونه متنفلا في الاسلام ومن ضرورة كونه فرضا ان يكون مخاطبا وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذا لم يكن تصحيحه فرضا لم يصح بخلاف سائر العبادات فانه متردد بين الفرض والنفل

والاصد للحقيقة كما قلنا في الاسلام الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم

قوله ولا امره بالحقيقة كما قلنا في الاسلام فان قيل الاسلام منفعة محضة والردة مضرّة محضة ولا يلزم من تحقق ما هو منفعة محضة تحقق ما هو مضرّة محضة وان كان بعد وجوده حقيقة الا ترى ان قبول الهبة صحيح لانه منفعة محضة وردّها باطل لانه مضرّة محضة فكيف يقاس الردة بالاسلام قلنا هذا من اعتبار الشيء بعد وجود حقيقته فبعد ذلك لا يعتبر انه منفعة للصبي او مضرّة وهذا لان الردة منه بجهل بخالفه وجهله في سائر الاشياء معتبر حتى لا يجعل عارفا اذا علم جهله به فكذلك جهله برده فبهذا يعلم ان قياس الردة بالاسلام صحيح من حيث ان في كل منهما اعتبارا للشيء بعد وجود حقيقته وبعد الصبي لا يجعل ما وجد منه حقيقة انه غير موجود الا ترى ان الصبي اذا صام ثم اكل عامدا ينعدم الصوم لوجود حقيقة الاكل ولا يعذر بالصبي لان من ضرورة كونه اهلا للعقد كونه اهلا لرفعه كما انه لما كان اهلا لعقد الا حرام والصلوة كان اهلا للخروج منه وانما لم يصح منه رد الهبة لما فيه من نقل الملك الى غيره الا ترى ان ضرر الردة يلحقه بطريق التبعية اذا ارتد اهواؤه وحقايقه بدار الحرب وضرر رد الهبة لا يلحقه من جهة ابيه فيجب ان لا يلحقه من جهة نفسه ايضا **قوله** ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان في هذا التعليل نوع نظر اذا لو كان سقوط القتل منه باعتبار المرحمة لصياه كان ينبغي ان لا يعذب في النار مخلصا كما ان الكفار وقد صرح ان الصبي الكافر يخلد في النار فالصبي المرتد أولى لان كفره اغلظ واصحبه ما عطل به في المصنوع لانه انما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه

ولانه اهون الامرين ولعل الشريد نفع به فيبدأ به ولا يبدأ بقتال حتى يبدأ
 فان بدأ فقتلهم حتى يفرق جمعهم قال العبد الضعيف رضي هكذا ذكره
 القدروري رحمه الله في مختصره وذكر الامام المعروف بخواهرزاده رحمه الله
 ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعصروا واجتمعوا وقال الشافعي رحمه الله
 لا يجوز حتى يبدأ بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الادفعا وهم مسلمون
 بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبني على عدة ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع
 والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل
 ضرورة دفع شرهم واذا بلغه انهم يشتركون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم
 ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحددوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروى
 عن ابي حنيفة رح من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام اما اعانة الامام الحق فمن
 الواجب عند الغناء والقدرة فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليتهم دفعا لشرهم
 كيلا يلتحقوا بهم وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليتهم لان دفاع الشردونه
 وقال الشافعي رح لا يجوز ذلك في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا

ليكشف شبهتهم فلما ذكروا قال ابن عباس رضي الله عنهما هذه الحادثة ليست بادنى من
 بيض الحمام وفيه التحكيم لقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم فكان تحكيم علي
 رضي الله عنه موافقا للنص فالزمهم الحجة فتاب البعض واصرف قوم على ذلك
قوله اهون الامرين الدعاء الى العود الى الجماعة بكشف شبهتهم والقتال **قوله** المعروف
 بخواهرزاده رحمه الله وهو خواهرزاده للقاضي الامام ابي ثابت رح **قوله** والمروى عن
 ابي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت قال ابو حنيفة رحمه الله اذا وقعت الفتنة بين
 المؤمنين ينبغي ان يعزل الفتنة ويحترز عنها ويلزم البيت ولا يخرج الى الفتنة وتأويله

باب البغاة

وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم لان عليا رضي الله عنه فعل كذلك باهل حروراء قبل قتالهم

وبخلاف ما اذا جعل مسلما تبعا لغيره لان صفة البغائية في الاصل مغنية عن اعتبارها في التبع ولانه لو لم يصف الاسلام بعد ما عقل لا يقع الفرقة بينه وبين امرائه ولو صار عقله مغبرا في الدين لوقعت الفرقة اذا لم يحسن ان يصف كما بعد البلوغ قلنا انما لم يكن مخاطبا بالاداء لدفع المخرج عنه اذا امتنع وهذا يدل على انه يحكم بصحته اذا ادعى باعتبار ان عند الاداء يجعل الخطاب كالسابق ليحصل المقصود كما لمسا فلا يخاطب بالاداء الجمعية واذا ادعى يقع ذلك مرضاه بهذا الطريق وهذا لان عدم توجه الخطاب بالاسلام لدفع الضرر ولاصرر عليه اذا درج الخطاب بهذا الطريق بل تتوفر عليه المنفعة مع انه يحكم بالسلامة لوجود حقيقته من غير ان يتعرض بصفه وانما لا تبين زوجته منه اذا لم يحسن ان يصف بعد ما عقل لبقاء معنى التبعية والاصالة ولتوفر معنى المنفعة عليه اما قوله انه تبع لابيويه فيه فلا يجعل اصلا قلنا انما يمتنع الجمع بين معنى التبعية والاصالة اذا كان بينهما مضادة فاما اذا تأيد احدهما بالآخر فذلك مستقيم كالمرأة اذا سافرت مع زوجها ونوت السفر فهي معافرة بنيتها مقصودة وتبعا لزوجها ايضا والله تعالى اعلم بالصواب

باب البغاة

قوله باهل حروراء وهي قرية بالكوفة تمددت وقصروا بسبب خروجهم انهم قالوا القتال واجب بالنص وعلي رضي ترك القتال بالتحكيم فارسل علي عبد الله بن عباس رضي الله عنهما

قال وما جباه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذها
الامام ثانيا لان ولاية الاخذ له باعتبار الحماية وام يحممهم فان كانوا صرفوه في حقه
اجزئ من اخذ منه لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى
اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك لانه لم يصل الى مستحقه قال العبد
الضعيف رضى قالوا لا اعاد عليهم في الخراج لانهم مقاتلة فكانوا صارفون كانوا اغنياء وفي
العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه في الزكوة وفي المستقبل يأخذها
الامام لانه يحممهم فيه لظهور ولايته ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغي ثم
ظهر عليهم فلبس عليهم شيئا لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل فام ينعقد موجبا
كالقتل في دار الحرب وان غلبوا على مصرف قتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل
المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقص منه وتأويله اذا لم يجز على اهله احكامهم
وازعجوا قبل ذلك وفي ذلك ام تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص واذا قتل رجل
من اهل العدل باغيا فانه يرثه فان قتله الباغي وقال كنت على حق وانا الان
على حق ورثه وان قال قتله وانا امام اني على الباطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي رح
واصله ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا يأتى لانه مأمور بقتالهم دفعا شرهم
والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويا ثم وقال الشافعي رح في القديم انه
يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسه او ماله انه اتاى مالا معصوما
او قتل نفسه معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنة ولنا اجماع الصحابة رضى

قوله كالقتل في دار الحرب وهو انه اذا قتل مسلم مسلما في دار الحرب ثم ظهر عليهم
فلبس على القاتل شيئا فكذلك ههنا والجامع انقطاع ولاية الامام في حالة الجناية

وجوابه ما ذكرناه ان المعبرد ليله لا حقيقته ولا يسمي لهم ذرية ولا يقسم لهم مال
 لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف سر ولا يؤخذ
 مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الاسير تأويله اذا لم تكن لهم فقه فان كانت
 يقتل الا امام الا سبروا ان شاء حبسه لما ذكرنا ولا نهم مسلمون والا سلام يعصم
 النفس والمال ولا باس بان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه وقال الشافعي
 رحمة الله تعالى عليه لا يجوز والكراع على هذا الخلاف لانه مال مسلم فلا يجوز
 الانتفاع به الا برضاة ولنا ان عليا رضى قسم السلاح فيما بين اصحابه بالبصرة وكانت
 قسمته للمحاجة لا للمليك ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال
 الباغي اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الا دنى لدفع الاعلى وبحسب الامام اموالهم
 ولا يرد هاعليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيرد هاعليهم اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس
 فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسهم عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع
 لان حبس الثمن انظروا يصر واما الرد بعد التوبة فلا ندفاع الضرورة ولا استغنام فيها

اذ لم يكن له امام يدعوا الى القتال اما اذا كان له امام وله غناء لا يجمعه التقاعد
 وفي الحديث اذا هاجت الفتنة كن جليسا بينك •

قوله ما ذكرناه اراد به قوله ولنا ان الحكم يدار على الدليل **قوله** يوم الجمل وقعة عائشة
 رضي الله عنها مع علي رضى بالبصرة سميت بذلك لانها كانت على جمل اسمه معكر
قوله وان شاء حبسه لما ذكرنا يريد قوله ولا يقتل اسيرا **قوله** ولان للامام ان يفعل
 ذلك في مال العادل واصل هذا حديث صفوان فانه عليه السلام اخذ منه درهما حالة
 المحاربة بغير رضاه فقال اغصبا يا محمد فقل لا بل مارية مودة **قوله** واما عدم القسمة
 فلما بيناه انهم مسلمون والا سلام يعصم النفس والمال •

قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي مساكرهم لانه اعانة على المعصية وليس بيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة بأس لان الغلبة في الامصار لاهل السلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقا تل به الا بصنعة الا ترى انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب والله تعالى اعلم بالصواب.

قوله لانه اعانة على المعصية وهي حرام لقوله تعالى وتعاونوا على البر والنقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان **قوله** من اهل الكوفة والحكم في غير الكوفة ايضا كذلك الا ان تقييد الكوفة باعتبار ان البغاة خرجوا فيها اولا **قوله** ما لا يقا تل به الا بصنعة كما لحد يد **قوله** وعلى هذا الخمر مع العنب يعني لا يكره بيع العنب ممن يجعله خمر اذ العنب ليس بآلة المعصية وانما تصير بعد صيرورته خمر اما السلاح فانه آلة الفتنة في الحال فيكره بيعه ممن يعرف بالفتنة والله تعالى اعلم بالصواب.

رواه الزهري رحمه الله ولانه اتلف من تأويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح
اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب وتأويلهم وهذا لان الاحكام
لا بد فيها من الالتزام او الالتزام ولا التزام لا اعتقاد الا با حقه من تأويل ولا التزام لعدم
الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند هدم التأويل ثبت الالتزام
اعتقادا بخلاف الاثم لانه لا منعة في حق الخارج اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل
الباغى بحق فلا يمنع الارث ولا يبي بوصف رحمه الله في قتل الباغي العادل ان التأويل
الفاسد انه يعتبر في حق الدفع والحاجة فهنا الى استحقاق الارث فلا يكون
التأويل معتبرا في حق الارث ولهما فيه ان الحاجة الى دفع الحرمان ايضا اذا القرابة
سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا ان من شرطه بقاءه على ديانته فاذا قال كنت على
الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان *

قوله رواه الزهري رحمه الله قال وقعت الفتنة واصحاب رسول الله عليه السلام
كانوا امنوا فربن فانفقوا على ان كل دم اريق بتأويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل
بتأويل القرآن فهو موضوع وكل مال اتلف بتأويل القرآن فهو موضوع ولان التأويل الفاسد
تنزل منزلة الصحيح في حق دفع الضمان اذا ضمت اليه المنعة كتأويل اهل الحرب فانهم
لا يضمنون ما اتلفوا علينا لهذا المعنى وذلك لان اهل البغي يحتلون الدماء بتأويل
ان ارتكاب الريب كفر وقد صارت لهم منعة دافعة فصح الدفع منهم فلا يضمنون لان لزوم
الاحكام بالالتزام او بالالتزام لانه باعتقاد حرمة الاتلاف وهم يعتقدون حله حيث
يقولون عصى الله ولم يعمل بموجب الكتاب **قوله** الا ان من شرطه اي من شرط الارث
ان يكون مصرعا على دعواه فاذا رجع فقد بطلت ديانته قبل استيفاء حقه فبطل واذا
قال كنت على الباطل انتفى الدافع وهو التأويل الفاسد فيجب الضمان فيحرم من الميراث

قال اللقيط حر لان الاصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمرو وعلي رضي الله عنهما ولانه معلم عاجز من النكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذي لا مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والمملوك متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضي به ليكون ديناً عليه لعموم الولاية •

قال فان التلقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه لانه ثبت حق الاحتفاظ له لسبق يده فان ادعى مدعي انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع المملوك نمبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق المملوك وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعبر بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يده المملوك وقيل يبني عليه بطلان يده ولو ادعاه المملوك قيل يصح قياساً واستحساناً

قوله ولان الحكم للغالب اي يكون حراً باعتبار الغلبة لان الغالب فيمن يمكن في دار الاسلام الاجرار **قوله** والخراج بالضمان الخراج ما يخرج من غلة الارض او الغلام ومنه الخراج بالضمان اي الغلة بسبب ان ضمنه والمراد هنا ان ميراثه لبيت المال بسبب ان ضمن بيت المال مؤنته **قوله** ولهذا اي ولان بيت المال ضمن مؤنته كانت جنايته في بيت المال فتكون نفقته فيه **قوله** الا ان يأمره القاضي به ليكون ديناً عليه لعموم الولاية فحينئذ يرجع لان القاضي ولاية عامة فصاحبه امر القاضي كما مره بنفسه لو كان من اهل الامره هذا اذا امره بالانفاق ليرجع عليه بان يقول انفق عليه علي ان يكون ذلك ديناً عليه فان امره بالانفاق عليه فقط قيل يرجع لما بينا والاصح ان لا يرجع لان مطلقة محتمل الحسبة والا سند انه عليه فلا يرجع عليه بالشك

كتاب اللقيط

اللقيط ممي به باعتبار مآله لما انه يلقط والا لتقاط مندوب اليه لما فيه من احبائه
وان غلب على ظنه مياحه فواجب *

كتاب اللقيط

هو في اللغة ما يلقط اي يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول ثم غلب على الصبي
المنبوذ لانه على مرض ان يلقط وهو من باب وصف الشي بالصفة المشاركة مثل
من قتل قبل ان يلقطه صلبه وفي الشريعة ادم لم يولد طرده اذله خوفاه من العيلة او فرار من تهمة
الزينة مضبعه آثم ومحرز هانم لما في احرازه من احباء النفس فانه على شرف الهلاك
واحباء الحي بدفع صلب الهلاك عنه قل الله تعالى ومن احياها فكا ما احبي
الناس جميعا ولهذا كان رفعه افضل من تركه لما في تركه من ترك الترحم على
الصغار وقد قال عليه الصلوة والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا
وفي رفعه اظهار الشفقة على الاطفال وهو من افضل الاعمال فلهذا اذنب التقاط
اللقيط ووجب ان غلب على ظنه مياحه *

وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان الواحد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المعلمين اختلفت الرواية فيه فني رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواحد وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله لقوة اليد الاترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا صبي مع الصغير احدهما يعتبر كافرا وفي بعض نسخه اعتبر الا سلام نظرا للصغير ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبده انه ابنه ثبت نصبه منه لانه ينفعه وكان حر الا ان المملوك قد تدلله الحرية فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك والحرفي دعوته للقيط اولى من العبد والمسلم من الذمي ترجيحا لما هو الا نظر في حقه وان وجد مع اللقيط مال مشد ودعليه فهو له اعتبار الظاهر وكذا اذا كان مشد ود اعلى دابة وهو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لانه للقيط ظاهر اوله ولاية الانفاق وشراء مالا بد له منه كالطعام والكسوة لانه من الانفاق

قوله وفي بعض نسخه اعتبر الا سلام نظرا للصغير اي ايها كان موجبا لسلامه يعتبر ذلك لان الا سلام يعلو ولا يعلو كالملود بين كافرو مسلم وفي رواية يعتبر زيه وعلا منه كما اذا اختلف موتا نابموتى الكفار يعتبر الزمي والعلامة للفصل **قوله** الا ان يقيم البينة انه عبده فان قيل كيف تقبل هذه البينة ولا خصم من اللقيط لان الملتقط ليس بولي له فلا يكون خصما عنه فيما يضره قلنا الملتقط خصم له باعتبار يده لانه يمنعه عنه يزعم انه احق بحفظه لانه لقيط ولا يتوصل المدهي الى استحقاق يده الا باقامة البينة على رقه فلهذا كان خصما منه **قوله** فهو له اعتبار الظاهر فان قيل الظاهر يكفي للدفع

والأصح أنه على القياس والاستحسان وقد عرف في الأصل وإن ادعاه اثنان
ووصف أحدهما علامة في جسده فهو أولى به لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه
 وإن لم يصف أحدهما علامة فهو بينهما لاستواءهما في الحبس ولوسبقت دعوة أحدهما
 فهو ابنه لأنه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه إلا إذا قام الضرر بالبينة لان البينة أقوى
 وإذا وجد في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قرأهم فادعى فهي أنه ابنه
 ثبت نسبه منه وكان مسلماً وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافع
 للصغير وبطلان الاسلام الثابت بالبداء وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره

قوله والأصح أنه على القياس والاستحسان إلا ان هذا قياس آخر سوى الأول
 وجه القياس أنه منافي في كلامه لانه زعم أنه لقيط في يد هو ابنه لا يكون لقيطاً في يده ووجه
 الاستحسان أنه يلتزم حفظه ونفقته بهذا الاقراء وهذا الالتزام تصرف منه على نفسه
 وله هذه الولاية والتناقص لا يمنع دعوى النسب كما إذا كذب الملا عن نفسه
 وهذا الانسب حفي فربما يشتبه عليه الأمر في الابتداء فيظن أنه لقيط ثم يظهر له أنه
 ولده وإن ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو أولى به إذا العلامة أصل
 في الشريعة قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم وقال الله تعالى إن كان تمبسه قد من
 قبل الآية وكذا لو سبقت دعوة أحدهما إلا إذا قام لآخر البينة لترجح دعواه بالبينة
قوله في السبب وهو الدعوة قوله وإذا وجد في مصر من أمصار المسلمين إلى قوله
 وهذا استحسان والقياس ان لا يصدق لانه حكم له بالحرية والاسلام فلو جعل ابنا
 للكافر بدعوته لكان تبعاً له في الدين فكان حكماً بابطال اسلامه قوله فصحت دعوته
 فيما ينفعه دون ما يضره وليس من ضرورة رد قوله في أحد الحكمين رده في الآخر
 لان النصب ينهك عن الدين فولد الكافر من امرأة مسلمة ثابت النسب منه وهو مسلم

كتاب اللقطة

قال اللقطة امانة اذا شهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الآخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذلك اذا تصادقا انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما فصار كالبيعة ولو اقر انه اخذه لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ اخذته للمالك وكذب به المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى .

كتاب اللقطة

اللقطة المال الواقع على الارض سميت به لانها تلتقط غالبا اي تؤخذ وتزفع وذكر في المبسوط اختلف الناس فيمن وجد لقطة فالمتشقة يقولون لا يحل له ان يرفعها لانه اخذ مال الغير بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعا فكما لا يحل له ان يرفعها لانه اخذ مال الغير بغير اذنه اثبات اليد عليه بغير اذنه وبعض المتقدمين من ائمة التابعين كان يقول لا يحل له ان يرفعها ولا يترك افضل له لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع والمذهب عند علمائنا وعامة الفقهاء رح ان رفعها افضل من تركها لانه لو تركها لاتا من ان تصل اليها يد خائفة فيكتسبها عن مالكها واذا اخذها هو عرفها حتى يوصلها الى مالكها ولا يمتزج الامانة في رفعها والتزام اداء الامانة تعرض لنيل الثواب لانه يناب على اداء ما يلتزمه من الامانة فانه يمتثل فيه الا مرقا قال الله تعالى ان الله يا مكرم ان تؤدوا الامانات الى اهلها وامثال الامر سبب لنيل الثواب .

ولا يجوز تزويج الملتقط لا لعدم سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة •
قال ولا تصرفه في مال الملتقط اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لشمير المال وذلك
 يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما احدهما •
قال ويجوز ان يقبض له الهبة لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان
 عاقلا وملكه الامور وصيها **قال** ويسلمه في صناعة لانه من باب ثقيفه وحفظ حاله •
قال ويواجهه قال العبد الضعيف وهذا رواية القدوري رحمه في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز
 ان يواجهه ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول انه يرجع الى ثقيفه ووجه الثاني انه لا يملك
 اتلاف منفعه فاشبهه العم بخلاف الام لانها تملكه على ما ذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى •

للاستحقاق فلو ثبت الملك للمقيط بهذا الظاهر كان الظاهر مثبتا للاستحقاق وليس له ذلك
 فلنا بهذا الظاهر يدفع دعوى الغير ثم الظاهر ان يكون الاملاك في يد الملاك وكذا
 الظاهر يدل على ان من وضعه ومع هذا المال لينفق عليه منه وكذا اذا كان مشدودا الى
 اذا كان المال مشدودا على دابة هو عليها الماذكرنا وهو قوله اعتبارا بالظاهر وكذا تكون الدابة له •
قوله ولا يجوز تزويج الملتقط لا لعدم سبب الولاية فان قيل قد احياء بالانقاط
 والتربية فوجب ان تثبت له الولاية كما لعنق تثبت له الولاء بالانقاط الذي هو احياء حكما فلنا
 الرقيق في صفة المألية مالك والمعنق يحدث فيه هذا الوصف والمقيط كان حيا حقيقة ومن امل
 الملك حكما فاما الملتقط لا يكون حيا له لا حقيقة ولا حكما **قوله** بخلاف الام لانها يملكه
 اي يملك الام اتلاف منفعه بالعرض بالاستئذان فيعرض الاجارة الاولى وانما يصح تعليمه
 في حرقة لانه نافع له مطلقا **قال** اذا كان مشدودا لا يعمل قدامه غسل بالفساد والله تعالى اعلم •

كالنواة وقشور الرمان يكون القاءه اباحة حتى جازا الانتفاع به من غير تعريف ولكنه يبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح *
قال فان جاء صاحبها والا تصدق بها ايضا لا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازته التصديق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها *

قال فان جاء صاحبها يعني بعدما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصديق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوتة بعد الاجازة فيه

يعني سواء كانت اللقطة من جنس واحد او من اجناس مختلفة كالذهب والفضة والثوب لان اللقطة اسم جنس فيتناول الكل *

قوله كالنواة وقشور الرمان اي في مواضع مختلفة فوجد من ذلك شيئا كثيرا فجمعها وصار يحكم الكثرة لها قيمة فلا باس بالانتفاع بها ولكنه مبقى على ملك مالكه حتى كان له ان يأخذه من يد الملتقط وان وجده مجتمعاً لم يحل له ان ينتفع به لان الظاهر ان مالكه ما القاه بعد ما جمعه ولكنه سقط منه وذكره شيخ الاسلام رحمه الله في شرح كتاب الذبائح انه ليس للمالك ان يأخذها من يده بعد ما جمعها واخذها ويصير ملكا لا أخذ وكذا الجواب في التقاط السنابل وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله كذا في الذخيرة **قوله** والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف الاجازة على قيام المحل اي قيام المحل الذي تصدق على الفقير حتى لو اجاز بعد ما تلف المال في يد الفقير تصح الاجازة بخلاف اجازة بيع الفضولي فانه يشترط فيه قيام المحل وهو المبيع لثبوت الملك فيه بعد الاجازة وهذا لان التصديق لو حصل باذن

وقال ابو يوسف رَح لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لا خبارة المحسنة دون المعصية
ولهما انه اقرب بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لما لكَ وفيه وقع الشك
فلا يبرأ وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في
الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة واكثر لانه اسم جنس
قال فان كانت أقل من عشرة دراهم عرفها ايا ما وان كانت عشرة فصاعد امرها حولا
قال العبد الضعيف وهذه رواية من ابي حنيفة رحمه الله وقوله ايا ما معنا علي حمب
ما يرى الملتقط وقد روى محمد رحمه الله تعالى في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل
والكثير وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله لقوله عليه السلام من التقط شيئا فليعرفه
سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي
الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استئصال
الخرج به ولبست في معناها في حق تعلق الزكاة فاجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون
العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما نفروضنا الى رأي المجتلي به وقبل الصحيح ان شيئا
من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأي الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه
ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم ينصدق به وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى
اذا خاف ان يعمد تصدق به وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي المجامع
فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها

قوله وقال ابو يوسف رَح القول قوله اي مع يمينه وذكر في فتاوى قاضيه ان روح هذا الاختلاف
في الاشهاد فيما اذا امكنه ان يشهد اما اذا لم يجد احدا يشهد عند الرفع او خاف انه لو شهد
عند الرفع يأخذ منه العالم فيترك الاشهاد لا يكون صائنا وان وجد من يشهد فلم يشهد
حتى جاوز منه لانه ترك الاشهاد مع القدرة عليه **قوله** واحدة كانت اللقطة واكثر

فإن انفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك وإن انفق
 بأمره كان ذلك ديناً على صاحبها لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له وقد يكون النظر
 في الانفاق على ما نبين وإذا رفع ذلك إلى الحاكم نظره فان كان للبهيمة منفعة
 أجراها وانفق عليها من أجرها لأن فيه إبقاء العين على ملكه من غير الزام الدين
 عليه وكذلك يفعل بالعبد الأبق وان لم تكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة
 قيمتها بأمرها وأمر بحفظ ثمنها إبقاء له معنى عند تعذر إبقائه صورة وإن كان الأصلح
 الانفاق عليها إذن في ذلك وجعل النفقة ديناً على مالكها لأنه نصب ناظراً وفي هذا
 نظر من المجانبين قالوا إن يأمر بالانفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء
 أن يظهر مالكها فإذ لم يظهر يأمر ببيعها لأن دارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة
 مديدة قال رضي الله تعالى عنه وفي الأصل شرط إقامة البينة وهو الصحيح لأنه يحتمل أن يكون
 غصباً في يده فلا يأمر فيه بالانفاق وإنما أمر به في الودعة فلا بد من البينة لكشف الحال
 وليست البينة تقام للقضاء وأن قال لا بينة لي يقول القاضي له انفق عليه إن كنت
 صادقاً فيما قلت حتى يرجع على المالك إن كان صادقاً ولا يرجع إن كان غاصباً
 وقوله في الكتاب وجعل النفقة ديناً على صاحبها إشارة إلى أنه إنما يرجع
 على المالك بعدما حضر ولم تبع اللقطة إذ شرط القاضي الرجوع على المالك

قوله وفي هذا نظر من المجانبين أي من جانب المالك بإبقاء عين ما له له ومن جانب
 الملتقط بالرجوع على المالك بما انفق على اللقطة **قوله** وفي الأصل شرط إقامة البينة
 أي يقيم الملتقط البينة على أن هذه الدابة لقطة عندي **قوله** وليست البينة تقام للقضاء
 جواب لسؤال وهو أن يقال إن البينة لا تقبل من غير خصم حاضر ولا خصم هائب
 فلنا هذه بينة تقام لكشف الحال للقضاء والخصم في مثل هذا ليس بعرض

وان شاء ضمن الملتقط لانه سام مال له الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع
وهذا لا ينافي الضمان حق العبد كما في تناول مال الغير حالة الخمسة وان شاء ضمن المسكين
اذا اهلك في يده لانه قبض مال بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين مال له *
قال ويجوز الا لتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والثاوري رحمهما الله اذا وجد
البعير والبقر في الصحراء فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل
في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع واذا كان معها ما يدفع من نفسها يقل
الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والدب الى الترك ولنا انها لقطة يتوهم
ضباها فيمنع اخذها وتعريفها صيانة لآلئنا كما في الشاة

الشارع والمالك يثبت للفقير ملك لازم ولو حصل بغير اذنه لايقع الملك للفقير قبل
الاجازة كما في بيع الفضولي فاذا حصل باذن الشارع وبغير اذن المالك وفرنا على
الا مرين حظهما فقلنا من حيث ان التصديق حصل باذن الشرع يملكه الفقير قبل
الاجازة ومن حيث انه حصل بدون اذن المالك يثبت للفقير ملك غير لازم *
قوله وان شاء ضمن الملتقط فان قيل كيف يضمنه وقد تصدق باذن الشرع قلنا الشرع
اباح له التصديق بما الزمه ذلك ومثل هذا الاذن مسقط للاثم عنه غير مسقط للضمان حق صاحب
المال كتناول المضطر مال الغير وان شاء ضمن المحكين لانه قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه
فان كان قائما اخذه لانه وجد عين مال له فهو احق به وايهما ضمه ام يرجع على الآخر شي
اما الممكن فلانه في القبض مامل لنفسه فلا يرجع بما لحقه من الضمان على غيره واما
الملتقط فلانه بالضمان قد ملك وظهر انه تصدق بملك نفسه فلا يرجع على المحكين شي
قوله واذا كان معها اي مع اللقطة ما يدفع به من نفسها كما تقدم في حق البقرة
وزيادة القوة في حق البعير بعد دونه وكذا منه ونحوه فيقضى بالكراهة اي بكراهة الاخذ

ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق به الا الحجّة وهو البينة اعتبارا بالملك
الا انه يحل له الدفع عند اصابة العلامة لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها وعرف
مفاسدها وعددها فادفعها اليه وهذا لا با حجة عملا بالمشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام
البينة على المدعي الحديث و يأخذ منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيفا
وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لو ارث
غائب عنده واذا صدقه قبل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة

انشدت الضالة اي عرفتها ويقال انشدتها اي طلبتها كذا في الصحاح ثم معنى الحديث
ولا تحل لقطنها اي لقطه مكة الا لمنشدها اي لطالبها وهو المالك عند الشافعي رحمه الله
وعندنا المراد من المنشد المعروف ولهذا ذكر في رواية اخرى ولا يلتقط لقطه الا من
عرفها والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه باعتبار انها للغرباء ظاهرا فيناول
ويقول ان مالكها ذهب ظاهرا فلم نحتج الى التعريف العاقل الوعاء الذي تكون فيه اللقطة
من جلد او خرقه او غير ذلك يقال او كى السقاء اذا شده بالوكاء وهو الرباط الذي يشده *

قوله ولنا ان اليد حق مقصود كالملك بدليل انه يجب الضمان في غضب المدبر
باعتبار ازالة اليد لما ان المدبر غير قابل للنقل ملكا **قوله** بخلاف التكفيل لو ارث
غائب عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله وصورة ذلك ميراث قسم بين الغرماء
او بين الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما يؤخذ والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر هنا ليس بثابت ولهذا كان
له ان لا يدفع اليه المال لان الكلام في الدفع اليه بذكر العلامة واما في مسئلة الوارث
فحق الحاضر معلوم وحق الآخر موهوم عسى ان يكون وعسى ان لا يكون فلا يجوز تاخير
حق الحاضر الى وقت التكفيل لامر محتمل لامارة عليه هذا اذا دفع اللقطة بذكر العلامة

وهذه رواية وهو الأصح قال واذا حضر معنى المالك فللمنقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حي بنفقته فصاركانه استناد الملك من جهته فاشبه المبيع واقترب من ذلك مراد الأبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبه الرهن .

قال ولقطة الحمل والحرم سواء وقال الشافعي رح يجب التعريف في لقطة الحرم الى ان يجي صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم ولا تحل لقطنها الا لمنشدها ولنا قوله عليه السلام اعرف عفا صها ووكاهائم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي النصدق بعدمدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في مائرها وتاويل ماروي انه لا يحل الا لشئط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علا منها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى يجبر والعلامة مثل ان يسمى وزن الدراهم وعددها ووكاهها ووعاءها لهما ان صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا تشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه

قوله وهذه رواية وهو الأصح هذه هي الرواية التي ذكرنا في محفلة اللقطة من المصنوع بان الأصح ان يأمر القاضي الملتقط بالانفاق على ان يكون ذلك دينا على اللقطة فحينئذ يرجع على اللقطة والا فلا وهذا احتراز عن قول بعض اصحابنا ان مجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكفي للرجوع وانما قل لم تبع اللقطة لان القاضي لو رأى المصلحة في بيع اللقطة بعد ما انفق الملتقط عليها يوما او يومين فله ذلك ودون الملتقط يردى من ثمن اللقطة **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه حي بنفقته **قوله** ولا تحل لقطنها الا لمنشدها يقال

وانتفاع ابي رضي الله تعالى عنه كان باذن الامام وهو جائز باذنه وان كان الملتقط فقيرا فلا بأس بان ينتفع به لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره وكذا اذا كان الفقير ابا او ابنة او زوجة وان كان هو غنيا لما ذكرنا والله تعالى اعلم بالصواب .

قوله وانتفاع ابي كان باذن الامام اي انتفع ابي بها بحكم القرض باذن الامام وله ان يقرض اللقطة من الملتقط ومن غيره ولا كلام فيه وانما الكلام فيما اذا انتفع بحكم القرض بغير اذن الامام على انه يحتمل انه علم فقره وحاجته لديون عليه فاذن له في الانتفاع بها وخطه بايماله ويحتمل ان ماله دون النصاب ويحتمل ان ذلك المال كان لحربي لا امان له وذلك لان دار الاسلام يومئذ لم يكن فيها منعة وقد عرفها ثلث سنين فكان الظاهر انها لو كانت لمسلم لظهر فلما لم يظهر علم انها كانت لكافر وقد سبقت اليه يده فجعله احق به لهذا واليه اشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله فانه رزق ساقه الله اليك ولكن مع هذا امره بان يعرف **قوله** من تحقيق النظر من الجانبين وهو نظر الثواب للمالك ونظر الانتفاع للملتقط لما ذكرنا اي من تحقيق النظر من الجانبين والله تعالى اعلم بالصواب .

وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا ولا يتصدق باللقطة على غني لان المأمور به هو التصديق لقوله عليه السلام فان لم يأتيه يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة وان كان الملتقط غنيا لم يجز له ان ينتفع بها وقال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز لقوله عليه السلام في حديث ابي رضي الله تعالى عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانفع بها وكان من المياسير ولانه انما يباح للفقير حملاله على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا انه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاة لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما روينا او بالاجماع فبقي ما رواه على الاصل والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها

واما اذا دفع اللقطة بحكم ان الحاضر اقام البينة على انها له ففي اخذ الكفيل روايتان عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه والصحيح انه لا يأخذ كفيله **قوله** وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر فلما لم يكن ظاهرا جاز ان يكون المالك هو الذي حضر فلما افرا الملتقط بانه هو المالك كان اقراره ملزما اياه الدفع اليه ثم في الوديعة اذا دفع اليه بعدما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وانكر الوكالة وضمن المودع ليس له ان يرجع على الوكيل بشي وههنا للملتقط ان يرجع على القابض لان هناك في زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع في قبضه له بامر وانه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره وههنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه وانه ضامن بعده ايثبت المالك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمنه كذا في المبسوط **قوله** حملاله على رفعها اي ليكون حاملا وباعثا على رفعها **قوله** لا طلاق النصوص لقوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم باطل الا ان يكون تجارة عن تراض منكم وقوله ولا تعندوا وقوله فمن اعتدى عليكم

الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها فاوجبهما الاربعين في محبرة
الصفر وما دونها فيما ذونه توفيقا وتلفيقا بينهما ولان ايجاب الجعل اصله حامل
على الرد اذ المحبة نادرة فتحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالجمع ولا سمع
في الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الابق لانه لا ينوارى
والابق يختفي ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما ويهوض
الى رأي القاضي وقبل يقم الاربعون على الايام الثلاثة اذ هي اقل مدة السفر

قوله الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها فقال بعضهم دينارا و
اثناعشر درهما وقال علي رضي الله تعالى عنه دينارا وعشرة دراهم وقال عمار رضي الله
تعالى عنه ان اخذه في المصرف عشرة دراهم وان اخذه خارجا من المصرف اربعون
درهما وقال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه حين قدم رجل بالاق من القوم فقال
القوم لقد اصاب اجرا وجعلنا ان شاء من كل رأس اربعين درهما فاخذنا باجماعهم
في ايجاب اصل الجعل وكفى باجماعهم حجة ورجحنا قول ابن مسعود رضي الله
تعالى عنه في مقداره لانه قال في مجلسه ذلك واشتهر منه ولم ينكر عليه احد
فان قيل ينبغي ان يؤخذ بالاقل المتيقن لا بالاكثر المشكوك قلنا انما لم يأخذ بالاقل
لان التوفيق بين اقلهم ممكن بان يحمل قول من اتى بالاكثر على ما اذارد من
ميسرة السفر ولان نصب المقادير بالرأي لا يكون فلا طريق لما ثبت عنهم من الفتوى
الا لسماع فكان كلامهم روي ما قاله عن النبي عليه السلام والمثبت للزيادة من الاخبار
عند التعارض اولي فلذا اخذنا بالاكثر واذا اتى رجل بعبد آبق فلخذه السلطان فحبسه
فجاءه رجل واقام البينة انه عبده فانه يستحلفه بالله ما بعته ولا وهبته ثم يدفعه اليه وذلك
لانه لما اقام البينة فقد اثبت ملكه فيه بالحجة الا انه يحتمل ان يكون باعه او وهبه

كتاب الأباقي

الأباقي أحده أفضل في حق من يقوى عليه لما فيه من أحيائه وأما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه أفضل لأنه لا يبرح مكانه فيجد المالك ولا كذ لك الأباقي ثم أخذ الأباقي يأتي به إلى السلطان لأنه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف الملقطة ثم لذارفع الأباقي إليه بحسبه ولورفع الضال لا بحسبه لأنه لا يؤمن على الأباقي ثانيا بخلاف الضال

قال ومن رد أباقي على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصا عد افله عليه جعله اربعون درهما وان رده لافل من ذاك فبحما به وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه لأنه منبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل

كتاب الأباقي

الأباقي هو المملوك الذي فر من صاحبه تمردا وعنادا والضال هو الذي ضل الطريق إلى منزله **قوله** لما فيه من أحيائه لان الأباقي هالك في حق المولى فيكون الرد أحياء له **قوله** ثم أخذ الأباقي يأتي به إلى السلطان هذا اختيار شمس الأئمة الصرخمي رحمة الله وأما اختيار شمس الأئمة الحلواني رحمة الله ان الراد بالخيار ان شاء حفظ بنفسه وان شاء رفعه إلى الامام وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار

تحقيقا للفائدة وأما أم الولد والمدير في هذا بمنزلة القن إذا كان الرد في حبة المولى لما فيه من إحياء ملكه ولورد بعد ما ته لأجل فيهما لأنهما يعتقان بالموث بخلاف القن ولو كان الراد أب المولى أو ابنه وهو في عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل لأن هؤلاء

لأنه يتضمن بطلان التقدير الثابت شرعا ولا كذاك الصلح على الأفل لأن له أن لا يأخذ شيئا أصلا فله أن يخط وأالجواب لمحمد رحمه الله أن المطلق قد يتقيد بدلالة الفرض كالأذن فإنه شرع جهرامع أن الأصل في الأذكار الإخفاء فيتقيد النص بما إذا كانت قيمته أكثر من أر بعين •

قوله تحقيقا للفائدة والجواب عنه أن الفائدة تجعل بالاكساب لأن كسبه يزيد على قيمته ظاهرا ولهذا قلنا بوجوب الجعل في أم الولد **قوله** وأم الولد والمدير في هذا بمنزلة القن لأنهما مملوكان للمولى وهو يملكهما بمنزلة القن فإن قبل الجعل يجب بإحياء المالكة ولا مالكة لام الولد خصوصا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه قلنا المالك أحق بكميها ولها مالكة باعتبار كميها وقدا حيا الراد بالرد فيمنوجب الجعل عليه فإن مات المولى قبل أن يصلا إليه فلا جعل له لأنهما متقا بموته وراد الحر لا يمتوجب الجعل وهذا ظاهر في أم الولد وكذا في المدير إذا خرج من الثلث وإن لم يخرج نكذ بك فندهما لأنه حرمد يون وعند بصيركا لمالك تب ولا جعل لراد المالك تب لأنه أحق بكسبه فلا يكون راد محبا لمالته باعتبار الرقبة والكسب **قوله** ولو كان الراد أب المولى أو ابنه وهو في عياله **قوله** وهو راجع إلى أحدهما أيهما كان لأنه ذكر بكلمة أو والجملة في ذلك أن الراد إذا كان في عياله مالك العبد أي في مؤنته ونفقت لا جعل له سواء كان ذلك الراد أب المالك أو ابنا له وأما إذا لم يكن في عياله فعلى التفصيل أن كان الراد ابن المالك

قال وأما كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمته الأدرهما قال رضي الله عنه
وهذا أقول محمد ورحمة الله تعالى عليه وقال أبو يوسف رحمة الله تعالى عليه له
أربعون درهما لأن التقدير بها ثبت بالنقص فلا ينقص منها ولهذا لا يجوز الصالح
على الزيادة بخلاف الصالح على الأقل لأنه حط منه وأصدر رحمة الله تعالى عليه
أن المقصود حمل الغير على الرد ليحبي مال المالك فنقص درهم ليسلم له شيء

ولا يعرف الشهود ذلك فإن قيل كيف يستحلفه وليس ههنا خصم يدعي ذلك قلنا يستحلفه
صيانة لفضاء نفسه والقاضي مأمور بأن يصون قضاءه عن أسباب الخطأ بحسب الامكان
أو يستحلفه نظر الممنوع من النظر لنفسه من مشترى أو موهوب له فإذا حلف
دفعه إليه وفي أخذ الكفيل منه روايتان وهو الأصح وإن لم يكن للمدعي بينة أو كان
أقر العبد أنه عبده فاقه يدفعه إليه ويأخذ منه كفيلة أو يدفع إليه بلان العبد في يد نفسه
وقد أقر أنه مملوكه ولو ادعى أنه حر كان قوله مقبولا فكذلك إذا أقر أنه مملوك له
وأما أخذ الكفيل فلان الدفع إليه بماليس بحجة على القاضي فلا يلزمه ذلك بدون
الكفيل بخلاف الأول فإن الدفع هناك بحجة ثابتة عند القاضي كذا في المبسوط
وإذا كان الباقي بين رجلين فاجعل عليهما على قدر انصافهما فإن كان
أحد المولىين حاضرا والآخرا ثيبا فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطيه الجعل كله
وإذا أعطاه لم يكن متبرعا وإذا قال الرجل لغيره إن مديني قد أبق فإن
وجدته فخذ فقال المأور نعم ثم قل إن المأور وجدته على مئة ثلاثة أيام فآخذه
ورد على المولى فلا جعل له لأن المولى قد استظن منه في رد الباقي وقد وهدا الأمانة
والمعين لا يستحق شيئا

قوله ولهذا لا يجوز الصالح على الزيادة على أربعين

وذكر في بعض النسخ انه لاشي له وهو صحيح ايضا لانه في معنى البائع من المالك ولهذا
كان له ان يقبض الالباق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع بحبس المبيع لاستيفاء الثمن
وكذا اذامات في يده لاشي عليه لما قلناه

قال ولو اعنته المولى كما لقيه صار فاضلا عناق في العبد المشتري وكذا اذا
باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل
تحت النهي الوارد من بيع ما لم يقبض فجاز *

قال وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده فلا شاهد حتم فيه عليه على قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لاجعل له
عندهما لان ترك الاشهاد اماره انه اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الاخذ واتهمه
او ورثه فرد على مولاه لاجعل له

قوله في بعض النسخ أي في نعم المختصر للقدوري رحمه الله تعالى ولو اعنته المولى
كما لقيه صار فاضلا بخلاف ما اذا دبره وكذا اذا باعه من الراد أي يصير فاضلا
ويجب الجعل بخلاف ما اذا وهبه من الراد حيث لا يصير فاضلا قبل الوصول إلى يده
قوله والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه جواب لسؤال يرد بناء على قوله
لانه في معنى البائع من المالك فكان ينبغي ان لا يجوز بيع المالك منه قبل
القبض بانه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد من بيع ما لم يقبض فجاز فان قبل
الشبهة ملحقة بالحقيقة في المحرمات قلنا هذه شبهة الشبهة ولا عبرة لها وهذا لانه
لو شرط رضى المالك تنصيصا لتحققت الشبهة لانه ملكه حقيقة فعند عدم الرضاء تنحصر
شبهة الشبهة **قوله** لان ترك الاشهاد اماره انه اخذه لنفسه لان الاصل ان يكون
الانسان عاملا لنفسه

يتبرعون بالرد مائة فلا يتناولهم اطلاق الكتاب .

قال وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه لانه امانة في يده لكن هذا اذا شهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضي الله تعالى عنه

فلا جعل له ايضا وان كان اباه فله الجعل وذكر في المبسوط جواب القياس بان الراد الذي هو ذور حم محرم من المالك يستحق الجعل في جميع ذلك اذا لم يكن في عياله ثم قال ولكنه استحسن فقال اذا وجد عبد ابيه وهو في عياله او ليس في عياله فلا جعل له لان رد الابق ملئ ابيه من جملة خدمته وخدمة الاب مستحقة على الابن فاما اذا وجد الاب عبد ابنه فان كان في عياله فلا جعل له لان ابق الرجل اما يطلبه من في عياله ولهذا ينطق عليهم فلا يستوجب مع ذلك جعلاً لآخر وان لم يكن الاب في عياله فله الجعل لان خدمة الابن غير مستحقة على الاب .

قوله يتبرعون بالرد عادة فان قيل طلبهم الجعل دليل على انهم لم يتبرعوا قلنا من الجائز انهم تبرعوا في الرد ثم ندوا البعض الاسباب فعلى هذا الوجه لا يجب فلا يجب بالاشك والاحتمال **قوله** فلا يتناولهم اطلاق الكتاب يعني قوله ومن رد الابق على مولاه **قوله** هذا اذا شهد وان ادعى انه اخذه للرد ولكن ترك الشهاد مع الا مكان فهو على الخلاف المذكور في اللقطة هذا اذا علم انه كان ابقا وان انكر المولى ان يكون العبد ابقا فالقول قوله لان السبب الموجب للضمان قد ظهر من الاخذ وهو ادعى الاذن من المالك في اخذه وانكره المالك فعلى هذا لو رده فانكر المولى ان يكون عبداً ابقا فلا جعل له الا ان يشهد الشهود بان ابق من مولاه وان مولاه اقربا بانه فحينئذ يجب له الجعل كذا في المبسوط .

لانه هو الذي يتولى الرد فيه والله تعالى اعلم بالصواب.

من يستقر الملك له وقوله فعلى المولى ان احثار الفداء لعود المنفعة اليه فعلى هذا كان ينبغي ان يجب الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين في حقه فاجاب عنه بان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد اي برد الا بقبل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب عن الرجوع في هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك فان قيل المنفعة حصلت للواهب بالمجموع وهو الرد وترك الموهوب له التصرف فلنا نعم ولكن ترك الموهوب له التصرف آخرهما وجود ابيضاض الحكم اليه كما في القرابة مع الملك فيضاف العتق الى آخرهما وجودا كذا هنا.

قوله لانه هو الذي يتولى الرد وكذلك ان كان البتيم في حجر رجل يعوله فجاء به ذلك الرجل فلا جعل له لانه هو الذي يطلبه عادة وكذلك لا جعل للسلطان اذ ارد آبقا والله تعالى اعلم بالصواب.

(كتاب الألق)

لأنه رد نفسه إلا إذا شهد أنه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو منبرع في
 أداء الثمن فإن كان الأبق رهنا فالجعل على المرتهن لأنه حين ما لينه
 بالرد وهي حقه إذا استيفاء منها والجعل بمقابلته أحياء المأينة فيكون عليه
 والرد في حبوّة الراهن وبعده مواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا إذا كانت قيمته
 مثل الدين أو أقل منه فإن كانت أكثر فيقدر الدين عليه والباقي على الراهن
 لان حقه بالقدر المضمون فصار كمن الدواء وتخلصه عن الجنابة بالفداء وإن كان
 مديونا فعلى المولى ان يختار نضاء الدين وإن بيع بدء بالجعل والباقي للمغرماء
 لأنه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فيجب على من يستقر له وإن كان
 جانباً فعلى المولى ان يختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الأولياء ان يختار الدفع
 لعودها اليهم وإن كان موهوباً فعلى الموهوب له وإن رجع الواهب في هبته بعد الرد
 لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد
 الرد وإن كان نصبي فالجعل في ماله لأنه مؤنة ملكه وإن رده وصبه فلا جعل له

قوله لأنه رد نفسه لأنه بالاختار على هذا الوجه صار ضامناً ولما ردّه كان ردّه
 لاسقاط الضمان عن ذمته فكان راداً لنفسه والمراد من الشراء صورته والافعال التصرف
 لا يكون شراء حقيقة لعدم الملك فكذلك الاتهاب والارث **قوله** فصار كمن الدواء
 يعني مداواة الجراح والقروح ومعالجة الأمراض والفداء من الجنابة ينقسم على
 الأمانة والمضمون فكذا هذا **قوله** وإن كان مديوناً أي العبد الأبق إذا كان مديوناً
 بأن كان ما ذونا فليحبه الدين في التجارة أو أستهلك مال الغير أو قربه مولاة
قوله فعلى الموهوب له وإن رجع الواهب أي يجب الجعل على الموهوب له وإن
 رجع الواهب في هبته بعد الرد والماذ كره هذا المدفع شبهة ترد على ما ذكرنا قبله فيجب على

انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع مالا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يصوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن .

قوله انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه يملك الخصومة وعندهما لا والوكيل بالقبض من جانب القاضي لا يملك الخصومة اتفاقا واذا كان كذلك يتضمن الحكم به اي بثبوت ما ادعاه من مخاصمة من يحفظ ماله باي جهة كانت قضاء على الغائب وليس للقاضي ان يقضي على الغائب وللغائب الا اذا كان عنه خصم حاضر عندنا وكذا لا ينبغي للقاضي ان ينصبوكيلا عن الغائب وللغائب ولكن لو فعل ذلك ينفذ قضاؤه . **قوله** الا اذا رآه القاضي اي لو كان القاضي ولاه ذلك ورآه ونفذ الخصومة بينهم فيه يجوز حينئذ لانه يصير قضاؤه في فصل مجتهد فيه فينفذ فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي ان يتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محمدا واداني قذف قلنا المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البينة هل يكون حجة بلا خصم حاضر ام لا فاذا رآه القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف **قوله** ثم ما كان يخاف عليه الفساد كالثمار ونحوها **قوله** ومعناه اي ما لبته فتحصل ما لبته في ثمنه فلذلك يأمر بحفظ ثمنه **قوله** وهو ممكن اي حفظ الصورة ممكن .

كتاب المفقود

دا هاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة صار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظره وقوله يستوفي حقه لا خفاء انه يقبض غلاته والدين الذي اقربه غريم من نهر مائه لانه من باب الحفظ ويخا صم في دين وجب بعقده لانه اصبل في حقوقه ولا لخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل لانه ليس بملك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بالاخلاف

كتاب المفقود

هو غائب لم يدر موضعه وحيوته وموته

قوله والمفقود بهذه الصفة اي عاجز عن اقامة مصالحه **قوله** وجب بعقده اي بعقد القائم مقام المفقود **قوله** ولا في نصيب له في عقار او عروض بان كان الشيء مشتركا بين المفقود وغيره لا يكون منصوب القاضي خصما فيه لمن يبعده

هو الصحيح وان دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما دعى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي عنه نائب وان كان المودع والمديون جاحدين اصلا وكانا جاحدين الزوجية والنصب لم ينتصب احد من مستحقى النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه على الغائب لم يتعين صبا للثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود *

قال ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك رحمه الله اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعد عدة الوفاة ثم تزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهواه الجن في المدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود انها امرأته حتى ياتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتنصبر حتى يستبين موت او طلاق

قوله هو الصحيح ذكر هذه المسئلة في كتاب النكاح وقال ينفق عليهم اذا كانوا مقرين بالوديعة والدين والنكاح والنصب وهذا شرط الاقرار بما ليس بظاهر منهما وليس هذا اختلاف الرواية فان تأويل ما ذكر في كتاب النكاح انه لم يكن شيء منهما ظاهرا عند القاضي فقوله في الكتاب هو الصحيح اشارة الى هذا التأويل ونفي اختلاف الروايتين لان للقاضي ولاية القضاء بعلمه كما اذا اقر بين يديه ثم غاب **قوله** اخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء لشبهه به لان حقها في الجماع يفوت بصنعه وهو الحفر كما يفوت ثمة بصنعه وهو الايلاء والسنة من العنة اذ حقها في الجماع فات بسبب هوه معد ورفيه وهو الغيبة لانها مباح كما فات حقها ثمة بالغة وهو معد ورفيه

قال وينفق على زوجته وأولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصوراً على الأولاد بل يعم جميع قرابة الولاد والأصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لأن القضاء حينئذ يكون إعانة وكل من لا يتحققها في حضرته إلا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لأن النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممنوع فمن الأولاد الصغار والآنث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الأخ والأخت والأخالة وقواه من ماله مرادة الدراهم والدنانير لأن حقهم في المطعوم والملبوس فإذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلهما في هذا الحكم لأنه يصلح قيمة كالمضروب وهذا إذا كانت في يد القاضي فإن كانت وديعة أو ديناً ينفق عليهم منهما معناه إذا كان المودع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب وهذا إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فإن كانا ظاهرين فلا حاجة إلى الإقرار وإن كان أحدهما ظاهراً والوديعة والدين والنكاح والنسب يشترط الإقرار بما ليس بظاهر هذا

قوله فمن الأول وهم الذين يستحقون النفقة بغير قضاء **قوله** ومن الثاني وهم الذين لا يستحقون النفقة بغير قضاء الأخ والأخت والأخالة فإنه لا تجب نفقة هؤلاء إلا بقضاء أو رضاء لأنه يجتهد فيه ولهذا لم يكن لهم إلا أخذ من غير قضاء أو رضاء **قوله** فإن كانا ظاهرين أي الدين والوديعة والنسب والنكاح جعل الوديعة والدين واحداً والنسب والنكاح واحداً فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية

ولا يرث المفقود احد ايات في حال فقده لان بقاءه حياني ذلك الوقت باستصحاب الاحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات من ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الاجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة ونظير هذا الحكم فانه توقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى

قوله ولا يرث المفقود احد ايات في حال فقده وحاصله انه حي في حق نفسه فلا يقسم ماله بين ورثته كما لو عاينا حيوته ميت في حق غيره حتى لا يرث احد الان حيوته يثبت بالاستصحاب فاننا علمنا حيوته فيستحب ذلك ما لم يظهر خلافه واستصحاب الاحال يصلح لابقاء ما كان على ما كان للاثبات ما لم يكن ثابتا وفي الامتناع عن قسمة ماله بين ورثته ابقاء ما كان على ما كان وفي توريته من الغير اثبات امر لم يكن ثابتا ولان حيوته باعتبار الظاهر وهو يصلح حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره ويدفع استحقاق ورثته ماله ومعنى قولنا لا يرث المفقود احد ان نصيب المفقود من الميراث لا يصير ملكا للمفقود ما نصيب المفقود من الارث فيوقف لان حيوة المفقود محتملة والمجتمل يكفي للتوقف كما في الجنين فان ظهر حيا علم انه كان مستحقا وان لم يظهر حيا حتى بلغ تسعين سنة فما وقف له يرده على ورثته صاحب المال يوم مات صاحب المال كما لو وقف للجنين اذا انفصل الجنين **قوله** والمال في يد الاجنبي وتصادقوا على فقد الابن اي تصادق الورثة

خرج بياننا للبيان المذكور في المرفوع ولأن النكاح عرف بثبوته والغيبة لا توجب
الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله تعالى
منه رجوع الى قول علي رضي الله تعالى عنه ولا معتبرا لايلاء لانه كان طلاقا
معجلانا معتبرا في الشرع موجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الادوية
والعنة فلما تخل بعد استمراها سنة .

قال واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال رضي الله تعالى عنه وهذه
رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران
وفي المروي عن ابي يوسف رحمه الله بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقبس ان لا يقدر
بشيء والارفق ان يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك
الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كانه مات في ذلك الوقت
معينة اذا احكمي معتبرا بحقيقتي ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته
فيها نص اركما اذا كانت حيوته معلومة

قوله خرج بياننا للبيان المذكور في المرفوع يعني قول علي رضي الله عنه حتى يحتب موت
او طلاق خرج بياننا للبيان المذكور في الحديث المرفوع ان المراد من ذلك البيان
ظهور موت المفقود او طلاقه **قوله** يقدر بموت الاقران لان ما يقع الحاحه الى معرفته
فطريقه في الشرع الرجوع الى امثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النماء وبقاؤه بعد
موت كل اقرانه نادر وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر ويعتبر بموت اقرانه في بلده لان
التفحص عن حال الاقران في كل البلد ان متعذر **قوله** والاقبس ان لا يقدر بشيء لان
نصب المقادير بالرأي لا يكون ولا نص فيه والاصوب الارفق ان يقدر بتسعين لانه هو الغاية
في زماننا والحيوة بعدا نادرة ولا هجرة للمنادر

في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهي بما تم من هذا والله تعالى اعلم بالصواب •

اذا ترك امرأة حاملا وجدة فللمجدة السدس لانه لا يتغير فريضتها وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وذلك كابن الابن والاخ والعم حتى انه لو ترك امرأة حاملا اخا او عملا يعطى الاخ والعم شيئا لان من الجائز ان يكون الحمل ابنا فيسقط معه الاخ والعم وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كالزوجة والام فانه ان كان الحمل حبا ترث الزوجة الثمن والام المدس وان ام يكن حيا فهم ايرثان الربع والثلث فتعطين الثمن والمدس للتيقن كما في المفقود وهوانه اذا مات الرجل وترك جدة وابنا مفقودا فللمجدة السدس كما ذكرنا في الحمل لانه لا يتغير نصيبها وكذلك اذا ترك اخا وابنا مفقودا لا يعطى للاخ شيئا وكذلك لو ترك اما وابنا مفقودا فانه ان كان المفقود حيا يستحق الام المدس وان كان ميتا يستحق الثلث كما في الحمل والله اعلم بالصواب •

ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الا ان للثنتين به كذا

المذكورون والاجنبي وانما قيد بالتصادق لانه اذا قال الاجنبي الذي في يده المال قدمات المفقود قبل ابنتيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى الابنتين لان اقرار ذي اليد فيما في يده معتبر وقد اقر بان ثلثي ما في يده للابنتين يجبر على تسليم ذلك اليهما ولا يمنع صحة اقراره بقول اولاد الابن ابونا مفقود لانهم لا يدعون لانفسهم بهذا القول شيئا ويوقف الباقي على يدي اليد حتى يظهر مصحقة هذا اذا اقر من في يده المال اما لو وجد ان يكون للميت مال في يده فاقامت الابنتان البينة ان اباهما مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولاخهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه يدفع الى الابنتين النصف لانهما بهذه البينة تثبتان الملك لابيهم في هذا المال والاب ميت واحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك له بالبينة فاذا ثبت ذلك يدفع اليهما المتبقين وهو النصف ويوقف النصف الباقي على يدي عدل لان الذي في يده جحد فهو غير موثمن عليه هذا اذا كان المال في يد اجنبي واما لو كان في يد الابنتين والمثلة بحالها فان القاضي لا ينبغي له ان يحول المال من موضعه ولا ينف منه شيئا للمفقود ومراعاة بهذا اللفظ انه لا يخرج شيئا من ايديهما لان النصف صار بينهما بيقين والنصف الثاني للمفقود من وجه ويريد بقوله ولا ينف منه شيئا للمفقود اي لا يجعل مما في يد الابنتين ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود من غير ان يقضى به لهما ولا لابنهما لانه لا يدري من المستحق لهذا الباقي كذا في النهاية وفي آخره كذا في المبسوط والذخيرة قوله ولو كان معه وارث اي مع الحمل قوله ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه حتى

وقد بينا الفرق في كفاية المنتهي واضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهوان يقول احد هما شاركك في كذا وكذا ويقول الا خربت

قوله وقد بينا الفرق في كفاية المنتهي والفرق وهوان خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك من المخلوط الى الخلط فاذا حصل بغير تعد يكون سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعبر نصيب كل زائل الى الشريك في حق البيع من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كانه يبيع ملك نفسه عملا بالشبهين وهذا اولي من عكسه لان التصرف مع الشريك اسرع نفاذا من التصرف مع الاجنبي بدليل جواز تملك معق البعض من الشريك دون الاجنبي وكذا اجارة المشاع من الشريك جائزة بخلاف الشركة الحاصلة بالميراث وما يجري مجراه لانه لم يوجد بعد ثبوت الملك لكل واحد منهما سبب الزوال بوجه فكان ملك كل واحد منهما قائما في نصيبه من كل وجه فجاز بيع نصيبه من الشريك ومن الاجنبي كذا في مبسوط شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالى ولان الشركة اذا كانت من الابتداء بينهما بان اشتريا خطة او ورثاها كان كل حبة يشار اليها مشتركة بينهما فيبيع احدهما نصيبه منها مشاعا فهو جائز سواء كان بيعه من صاحبه او من الاجنبي اما اذا كانت الشركة بينهما بسبب الخلط او الاختلاط فكل حبة يشار اليها ليست بمشتركة بينهما لان تلك الحبة بجميع اجزائها تكون لاحدهما لا محالة من غير اشتراك فيها فلا يجوز البيع في هذه الصورة من الاجنبي لانه لا يقدر على تسليم نصيبه منها لا جزء ولا كلا لما ان كل حبة ليست بمشتركة بينهما فيتوقف جواز بيعه من الاجنبي الى اذن شريكه لا اختلاط المبيع مع غيره اما اذا كان بيعه من صاحبه فيمكن التسليم فيجوز الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية في كتاب القضاء

كتاب الشركة

الشركة جائزة لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه *
قال الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان
ويشتريانها فلا يجوز لاحد هما ان يتصرف في نصيب الاخر الا باذنه وكل واحد منهما
في نصيب صاحبه كالا جنبي وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما
اذا اتهب رجلان عينا او ملكا بالاشتراك او اختلط مالهما من غير صنع احدهما او
بخلطهما حلطا يمنع التمييز ما او الا يخرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه في
جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه

كتاب الشركة

هي عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف احد النصيبين من الآخر ثم
يطلق اسم الشركة على العقد وان لم يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سبب الاختلاط
وشرعيتها بالصحة فانه عليه الصلوة والسلام بعث والناس يباشرونها فقررهم عليه واجماع الامة
والمعقول فهي طريق ابتغاء الفضل وهو مشروع بالكتاب *
قوله خلطا يمنع التمييز اما خلط البر بالبر او الا يخرج خلط الحنطة بالشعير

والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح الشركة فيه وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه الاخر لقات التساوي وكذلك في الدين لما بين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا في القياس لا تجوز وهو قول الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا اعرف ما للمفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة لمجهول وكل ذلك بانفراد فاسد وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فافوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس يعاملونها من غير تكبر وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعاً كما في المضاربة ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة لبعدها شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما يقتضيه تجوز

قوله والمراد به ما تصح الشركة فيه اي ما يصلح لرأس مال الشركة كالدرهم والدنانير ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه اي ما لا يصلح لرأس مال الشركة كالعروض والعقار والديون **قوله** وقال مالك رحمه الله لا اعرف ما للمفاوضة وهو تناقض لانه اذا لم يعرفه كيف يحكم بالعقاد الا تصديق بلا تصور **قوله** وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة لمجهول وكل ذلك بانفراد فاسد كما اذا قال وكلتك بشيء وكالوك قال كملت منك ما بايعت الناس او غصبت من الناس فعند الانضمام اولي فان قيل الوكالة العامة جائزة كما اذا قال لا خروكلتك في مالي اصنع ما شئت يجوز له ان يتصرف في ماله فلنا العموم ليس بمراد ههنا فانه لا تثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن ما ما يكون توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز **قوله** وبه يترك القياس اي بالتعامل بترك القياس كالا صنع ودخول الحمام وهذا لان تعاملهم بالأكبر كالا جماع ويترك القياس بالاجماع **قوله** والجهالة متحملة تبعاً اي غيرها وهي المساواة لان المفاوضة تقتضي المساواة على ما مر ولا تثبت

وشروطه ان يكون التصرف المعتقد عليه عقد الشركة قابلاً للموakاة ليكون ما يستفاد بالتصرف
 مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي اربعة اوجه مفارقة وحضانة وشركة
 الصنائع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيتساويان في
 مالهما وتصرفهما ود بينهما لائها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد
 منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة
 قال فائلهم

لا يصلح للناس فوضى لاسراة لهم ولا سراة اذا جهالهم مادوا
 اي متساويين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال

قوله وشروطه ان يكون التصرف المعتقد عليه عقد الشركة قابلاً للموakاة لان كل واحد من
 الشريكين يكون وكلاً من الآخر في نصب ما يشترط ليكون ما يستفاد بالتصرف
 مشتركاً بينهما وما لا يقبل الوكالة كالاصطبا والاحتطاب يكون المستفاد فيه
 للعامل ولا يقع مشتركاً فلا يتحقق حكمه المطلوب منه وهو الشركة في المال
 فاما تصح الشركة فيه **قوله** لا يصلح للناس فوضى البيت اي لا يصلح امور الناس
 حال كونهم متساويين اذا لم يكن لهم امراء ومادات فانهم اذا كانوا متساويين
 تتحقق المنازعة بينهم لانه اذا لم يكن فيهم امير مطاع في امرة ونهيه كان كل واحد
 منهم مستقلاً برأيه فتتحقق المنازعة والامادة اذا ماد الجاهل **قوله** فلا بد من تحقيق
 المساواة ابتداء وانتهاء لان المفاوضة من العقود المجازة فان لكل واحد
 منهما ولاية لامتناع بعد عقد الشركة فكان ادواها حكم الابتداء وفي ابتداء عقد المفاوضة
 اشترطت المساواة فكذا في الانتهاء

قال ولا بين المسلم والكافر وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى
وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز للنسائي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة
نصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائز بينهما وان في
النصرف في منروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود
وليها انه لا تساوي في النصرف فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا او خنازير صمغ
ولو اشترىها مسلم لا يصح ولا تجوز بين العبد بين ولا بين الصيبين ولا بين المكاتبين
لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرائطها ولا يفتقر
ذلك في العنان كان عانا لا تنجم ع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا
وقد يكون عاما .

قال وتنعقد على الوكالة والكفالة اما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال
على ما بيناه واما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه
المطالبة نحوهما جميعا .

كفالته بعدما كفل بمقدار قيمته كذا ذكره الفقيه أبو الليث رحمه الله .
قوله الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود اي يكره مشاركة المسلم
الذمي لان الذمي لا يتوفى العقود الفاسدة فربما يصير حبيبا لوقوع المسلم في المحرم
والجواب عن قول أبي يوسف رحمه الله كالمفاوضة بين الحنفى والشافعى
ان المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على ان منروك التسمية عمدا ليس بمال منقوم
ولا يجوز النصرف فيه بين الحنفى والشافعى جميعا لثبوت ولاية الا لزام بالمحاجة
فتتحقق المساواة بينهما في المال والنصرف كذا في المبسوط **قوله** ولا يفتقر ذلك في العنان
من صورة المسئلة اذ هو اي العنان وفي المبسوط ان العنان قد يكون عاما وقد يكون خاصا

لان المعتبر هو المعنى *

قال وتجوز بين الحرين الكبيرين معلمين او ذميين لتحقق التساوي وان كان احدهما كتابيا والاخر مجوسيا تجوز ايضا لما قلنا ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن المولى

المساواة الابدان يضرب كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه وهذا جواب عن وجه القياس فيها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول فاجاب ان ما لا يثبت مقصود اجاز ان يثبت تبعا كما مضى رتبة جازت بالاجماع وان اشتملت على التوكيل بشراء مجهول الجنس اذا لم يبين نوعا ومثل هذا ايضا يوجد في شركة العنان فان التوكيل بشراء شيء مجهول الجنس لا يصح ثم صحت شركة العنان وان تضمنت ذلك .

قوله لان المعتبر هو المعنى الا ترى ان الكفالة بشرط براءة الاصل حوالة والحوالة بشرط ضمان الاصل كفالة **قوله** والاخر مجوسيا فان قيل المساواة معدومة بينهما فان المجوسي يتصرف في الموقوذة والكتابي لا والكتابي يوجر نفسه للذبح والنضحية والمجوسي لا قلنا ان من يجعل الموقوذة ما لا متقوما في حقهم لا يفصل بين الكتابي والمجوسي فتحقت المساواة والجواب عن الثاني انه لو آجر الكتابي نفسه يجوز ويطلب به المجوسي وان لم يقدر على ايفائه بنفسه لانه يقدر على ايفاء بالغير وهو المعين والاجبر وكذا لو آجر المجوسي يجوز وان لم يقدر بنفسه بقدرته بغيره كالخياط مع القصار اذا عقدا عقد المفارضة صار كل واحد منهما مطا لبا على الاخر وان لم يقدر بنفسه **قوله** لما قلنا اني لتحقق التساوي **قوله** الا باذن المولى فان قيل لما اذن له المولى في الكفالة يثبت التساوي بينه وبين الحر قلنا لا يثبت لانه لا تصح كفالته باذن المولى اذا كان عليه دين وكذا لا يجوز

نمما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستيجار ومن القسم الآخر الجناية ولنكاح
والخلع والصلح من دم العمد وعن النفقة .

قال ولو كفل أحدهما بما ل من اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر
من المريض يصح من الثلث وصار كالفرض والكفالة بالنفس ولا ابي حنيفة رحمه الله
انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه
اذا كانت الكفالة بامر فبالنظر الى البقاء تتضمنه المعاوضة فتصح وبالنظر الى الابتداء

ولان في عدم وفوق الطعام والكسوة على الشركة ضرورة ولا ضرورة في ان لا يقع
مقدار احد الشريكين متضمنا للكفالة فنثبت الكفالة فاذا اداه احد هما من مال الشركة رجع
المودي على المشتري بقدر حصته من ذلك لان الثمن كان على المشتري خاصة
تدفع من مال الشركة .

قوله نمما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستيجار ولا فرق بين ان يكون
الاستيجار او فعا على الشركة او الحاجة المستأجرة خاصة ذكر في المبسوط وصورة
الاستيجار هي ان يستأجر احد المتقاضي اجيرا في تجارتها او دابة او شيئا من الاشياء
فللمواجر ان يأخذ بالاجراهما شاء لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد
سهما كقيل من صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه او استأجر
ابلا الى مكة ليحج عليها فللمواجر ان يأخذ ايها شاء ان شاء احد المستأجر
بالنزاهة بالعقد وان شاء اخذ شريكه لكفاله عنه **قوله** والخلع صورته ما اذا كانت
المرأة عقيدت عقدا ملزمة ثم خالعت مع زوجها ما لزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها
وكذلك لو اقرت ببذل الخلع لا يلزم على شريكها **قوله** وصار كالفرض والكفالة

قال وما يشترطه كل واحد منهما يكون على الشركة الاطعام اهله وكسوتهم وكذا
 كسوتهم وكذا الا دام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه
 في التصرف فكان شراء احدهما كشرايهما الا ما استثناء في الكتاب وهو استحسان
 لانه مستثنى عن المساواة للضرورة فان الحاجة الراتبية معلومة الوقوع ولا يمكن
 ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء فيمخصص به ضرورة والقياس
 ان يكون على الشركة لما بيننا وللبائع ان يأخذ بالتمن ايها شاء المشتري بالاصالة
 وصاحبه بالكفاية ويرجع الكفيل على المشتري بحصته بما ادنى لانه قضى ديننا
 عليه من مال مشترك بينهما *

قال وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فلا خوضا من له
 تحقيقا للمساواة

بخلاف المساواة فانها عامة لا غيرو في الايضاح وكل موضع فقد شرط من شروط المساواة
 وذلك لانه بشرط في العنان كانت الشركة شركة عنان لان الشركة المساواة اهم اي
 في الشروط من شركة العنان موقع التفاوت بينهما من حيث العموم والخصوص فاذا
 بطل معنى العموم بقي معنى الخصوص فبجواز اثبات العنان بلفظ المساواة كما
 يجوز اثبات معنى الخصوص بلفظ العموم.

قوله لما بيننا ان مقتضى العقد المساواة الى آخره **قوله** وللبائع ان يأخذ بالتمن
 ايها شاء اي وللبائع الطعام والكسوة ان يأخذ بتمن الطعام والكسوة
 اي الشريكين شاء وان لم يقع الطعام والكسوة على الشركة لان المشتري
 باسبب الالتزام والاخر كفيل عنه بما لزمه بالشريين بسبب شركة المساواة
 فكان بسبب توجه المطالبة على كل واحد منهما موجود اسبب على حدة فيطالبه لذلك

قال وإن ورث أحدهما ما لا تصح فيه الشركة أو وهب له ووصل إلى يده بطلت
المفاوضة وصارت عنا نالهما ات المساواة فيما يصلح رأس المال اذ هي شرط فيه ابتداء
وبقاء وهذا لأن الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب هنا لالا مكان
فإن المساواة ليس بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم وإن ورث احدهما عرضا
فهو له ولا تقصد المفاوضة وكذا العقار لا نه لا تصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه والله اعلم *

ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كإرش الجنانية ولا نه بدل المستهلك وإنه لا تحتمل
الشركة وهما يقولان أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة بدليل صحة إقرار
المأذون به وكونه مؤاخذا به في الحال وكذلك يصح إقرار الصبي المأذون والمكاتب به
وهذا لأنه بدل مال محتمل للشركة لأنه إنما يجب بإصل السبب وعند ذلك المحل
قابل للملك ولهذا ملك المصوب والمستهلك بالاضمان ولما كان كذلك كان كل
واحد من شريكي المفاوضة ملتزما له فيجب عليه *

قوله وإن ورث أحدهما ما لا إلى قوله ووصل إلى يده اعلم انه اذا وصل إلى يده احد
المتفاوضين مال يصلح رأس مال الشركة كالدراهم والدنانير بالارث أو الهبة
أو الصدقة تبطل المفاوضة وتصبح تعنا نالان المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة شرط
للمفاوضة ابتداء وبقاء وقد فاتت إذا الآخر لا يشاركه فيما اصابه لأنه إنما يشاركه فيما حصل
بسبب التجارة أو بما يشبهها بثبوت الوكالة في ذلك وهذه الأسباب ليست بتجارة وإنما تبطل
المفاوضة إذا قبض الدراهم أو الدنانير فإن لم يقبضها لم تبطل لأن الدين لا يصلح رأس
مال المفاوضة فإذا قبض الآن ازداد مال أحدهما من جنس رأس مال المفاوضة فتبطل
المفاوضة بهذا وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وبهذا أوضح أن قوله في الهداية
ووصل إلى يده يرجع إلى الهبة والارث والله تعالى اعلم بالصواب *

لم تصح ممن ذكره وتصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء واما الاقراض فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يلزم صاحبها ولو سلم فهو امانة فيكون مثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا تتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير امرأة لم يلزم صاحبها في الصحيح لانعد ام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه لانه معاوضة انتهاء .

في المبسوط في اول باب بضاعة المفاوض واذا افترض احد المتفاوضين فهو ضامن نصف ما افترض لشريكه لانه منعقد في نصيب شريكه بنصرته في المال على غير ما هو مقتضى الشركة .
قوله لم تصح ممن ذكره اي من الصبي والعبد المأذون والمكاتب **قوله** واما للاقراض فعن ابي حنيفة رحمه الله ذكر في المبسوط ان اقراض احد المتفاوضين يلزم شريكه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لانه تبرع **قوله** ولو سلم فهو امانة اي ونحن سلمنا ان اقراض احد المتفاوضين لا يلزم صاحبه قلنا انما يلزمه لان الاقراض امانة لا معاوضة بدليل جوازه اذ لو كان معاوضة لكان فيه التقيد بالنسبة في الاموال الربوية فعلم بهذا ان لما يأخذه المقرض بعد الاقراض حكم عين ما اقترضه لاحكم بدله كما في الامانة الحقيقية **قوله** حتى لا يصح فيه الاجل اي لا يلزم في الاقراض الاحل **قوله** ومطلق الجواب في الكتاب وهو قوله ولو كمل احدهما بمال من احببني لزم صاحبه عند ابي حنيفة رحمه الله محمول على المقيد وهو الكفالة بامر المكفول عنه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد مع ابي حنيفة رحمه الله في ضمان الغصب والاستهلاك ومع ابي يوسف رحمه الله في الكفالة لا يبي يوسف رحمه الله في ضمان الغصب والاستهلاك ان هذا الضمان واجب بحسب .

بأعياهما علي ما عرف أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لا تجوز الشركة والمضاربة بها لأن ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصبح سلعة ويروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى مثل قول محمد رحمه الله تعالى والآول أقبح وأظهر وعن أبي حنيفة رحمه الله صحة المضاربة بها.

قال ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك إلا أن ينعمل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمناقل ذهب أو فضة ومراعاة التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا يفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال

لما فيها من ربح مالم يضمن لأن مال المضاربة غير مضمون على المضارب حتى لو هلك لا يضمن المضارب وقد نهى النبي عليه السلام عن ربح مالم يضمن والمضارب له نصيب من الربح فاقصر على مورد الشرع وهو عقد المضاربة.

قوله بأعيانها إنما يفيد بها لتظهر ثمرة الاختلاف لأنه لو باع فليس بواحد من الفلوس نصبة لا يجوز بالاتفاق فعندهما لو جود النسبة في الجنس الواحد وعند محمد رحمه الله لهذا ولمعنى الثمنية وما إذا كانت بأعيانها فعندهما يجوز وعند محمد رحمه الله لا يجوز **قوله** ويصبر سلعة يعنى الشركة لدوامها حكم إلا ابتداء ولو كانت سلعة ابتداء لما انعقدت فكذا انتهاء **قوله** والاول أقبح أي كون أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمهما الله لا نهما لما اتفقا على جواز بيع نلس بعينه بفلسين بعينهما كما نا متفقين ايضا في عدم جواز الشركة بالفلوس وإن كانت نافقة لأنه لما جاز بيع الواحد بالاثنتين في الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض ولا يصلح العروض لرأس مال الشركة

فصل

ولا تنعقد الشركة الا بالدرهم والدنانير والفلوس النافقة وقال مالك رحمه الله تجوز بالعروض
والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا لانها مقدت على رأس مال معلوم فاشبه
النقود بخلاف المضاربة لان القياس بأبأها لما فيها من ربح مالم يضمن فيقتصر على
مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح مالم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله
وتفاضل الثمنان فما يحنقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح مالم يملك ومالم يضمن
بخلاف الدراهم والدنانير لانه ثمن ما يشترى في ذمته اذ هي لا تعين فكان ربح
ما ضمن ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع احدهما ماله على
ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لا تجوز وشراء احدهما شريكا ماله على ان يكون المبيع
بينه وبين غيره جائز واما الفلوس النافقة فلانها تروج رواج الاثمان فالتحق بها قالوا هذا قول
محمد رح لانها ملحقة بالنقود عندنا حتى لا تعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد

فصل

قوله ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة فان قيل ان اراد ان شركة
المفاوضة لاتصح الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة فشركة الوجوه والتقبل تصير مفاوضة
وعنانا ولا مال فيها فقد ذكر في المبموط ان شركة الوجوه والتقبل كل واحدة منهما
يكون مفاوضة وعنانا واثار الى ذلك في الكتاب ايضا وان اراد مطلق الشركة فينتقض
بهما ايضا قلنا اريد بالشركة شركة المفاوضة اذا الكلام فيها والمعنى ان شركة المفاوضة
اذا كانت في المال يجب ان يكون ذلك المال من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة
لان المفاوضة لا تكون الا في هذا المال **قوله** بخلاف المضاربة لانها تجوزت بخلاف القياس

والفرق لمحمد رحمه الله تعالى ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط ذبينا في كتاب القضاء .

قال واذا اراد الشراكة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة قال رضي الله عنه وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة وتاويله اذا كان قيمة متاهما على السواء

يعني جعل المكمل والموزون في حكم الاثمان بعد الخلط لا قبله وانما جعل كذلك لان حق كل واحد منهما بعد الخلط غير متعين كالاثمان بخلاف ما قبله .

قوله والفرق لمحمد رحمه الله تعالى ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل ومن جنسين من ذوات القيم حتى يضمن متلفه قيمته فلا يمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فصار كالعروض **قوله** فحكم الخلط ما بيناه في كتاب القضاء اي قضاء الجامع الصغير لانه ذكر حكم الخلط في كتاب الودعة في الهداية **قوله** واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر

وانما يبايعان على هذا الوجه احتراز عن الفساد الذي ذكر في عقد الشركة بالعروض وهو اذ اؤء الى ربح مال يضمن لان مال كل واحد منهما عند صاحبه في العروض غير مضمون وما استحقه احدهما من فضل ربح مال صاحبه كان ربح مال يضمن على ما ذكر فلا يجوز وما اذا باع كل واحد منهما نصف عرضه من صاحبه كان نصف كل واحد منهما مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من مالهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز وذكر في الذخيرة ثم الحيلة في تجويز الشركة بما يتعين في العقود ان يبيع

(كتاب الشركة ... فصل)

ففيها وهذا ما يعرف انهما خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا تصرف الى شيء آخر ظاهرا الا ان يجري التعامل باستعمالهما ثمنا فنزل التعامل منزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح رأس المال ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول ابي يوسف رحمه الله والشركة شركة ملك لاشركة عقد وعند محمد رحمه الله تصح شركة العقد وثمره الاختلاف تظهر عند النسائي في المالين واشتراط التفاضل في الربح فظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف رحمه الله لانه تعين بالتعيين بعد الخلط كما تعين قبله ولمحمد رحمه الله انها ثمن من وجه حتى جاز البيع بهادينا في الذمة ومبيع من حيث انه تعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والتمن فخلطا لا تعتد الشركة بها بالاتفاق

قوله فيهما اي في الشركة والمضاربة **قوله** الا ان الاول اصح وهو رواية الجامع الصغير ولا يكون المفاوضة بمناقل ذهب او فضة **قوله** لان عند ذلك لا تصرف الى شيء آخر ظاهرا اي عند الضرب لا تصرف الى شيء آخر من صياغة القلب والخاتم ظاهرا **قوله** الا ان يجري التعامل هذا استثناء من قوله الا ان الاول اصح يعني ان عدم جواز الشركة بمناقل الذهب والفضة اصح الا عند جريان التعامل باستعمالها فتحتج بحد تجوز الشركة بها قالوا والمعتبر فيه التعارف ففي كل بلدة جرى فيه التعامل بالمبايعة بالنبرف وهو كالنقود لا يتعين في العقود وتصح الشركة به ونزل التعامل باستعماله ثمنا منزلة الضرب المخصوص وفي كل بلدة لم يجز التعامل بالمبايعة بالنبرف وهو كالعروض يتعين في العقود ولا تصح الشركة به **قوله** بالاضافة الى الحالين

يقال عن له اي اعترض وهذا لا ينبيء من الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى
اللفظ ويصح التفاضل في المال للمحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح ان
يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان التفاضل
فيه يؤدي الى الربح مالم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة
يستحقها بلا ضمان اذا اضمن بقدر رأس المال ولان الشركة عندهما في الربح للشركة
في الاصل ولهذا يشترط ان الخلط نصار ربح المال بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك
في الاصل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطوا والوضعية على قدر المالكين
ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون
احدهما احذق واهدى واكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة
الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد به من الشركة
ومن المضاربة ايضا الى فرض باشرطه للعامل او الى بضاعة باشرطه لرب المال

قوله يقال عن له اي اعترض قال ابن السكيت كانه عن لهما شيئا فاشتركا فيه او من
عنان الفرس كذهب اليه الكسائي والاصمعي لان كلامهما جعل عنان التصرف في بعض
المال الى صاحبه ولانه يجوز ان يتفاوتا في رأس المال والربح كما يتفاوت عنان في يد الراكب
حالة المد والارخاء ويصح التفاضل في المال للمحاجة اليه وهي ما بينته في التفاضل في الربح ويصح
ان يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وذكر في فتاوى قاضي خان رح فان شرطا المساواة في المال
واشرط لاحدهما فضل ربح ان شرطا العمل عليهما كان الربح بينهما على ما شرطوا عملا جميعا
او عمل احدهما دون الآخر فان شرطا العمل على المشروط له فضل الربح جاز ايضا وان شرطا العمل
على اقلهما ربحا لا يجوز **قوله** اذا اضمن بقدر رأس المال فمتى شرطا لاحدهما زيادة صار
المشروط له تلك الزيادة اخذا ايها من غير ضمان وهذا لا يجوز **قوله** الربح على ما شرطوا

ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة *

قال وأما شركة العنان فتعقد على الوكالة دون الكفالة وهي أن يشترك اثنان في نوع بزاو طعام أو يشترك في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا تعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعتراض

كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عرض صاحبه حتى صار مال كل واحد منهما مشتركا بينهما شركة ملك ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة أن شاء امفاوضة وان شاء اعنانا وكذلك لو باع صاحب العرض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه وتقابضا ثم عقدا عليها عقد الشركة مفاوضة او عنانا جاز ويصير العروض رأس مال الشركة والعروض بعد ما صار مشتركا بينهما يصلح رأس مال الشركة وان كان ذلك لا يجوز ذكره الامام خواهر زاده رحمه الله على هذا الوجه وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله قوله في الهداية وهذه شركة ملك مشكل لان شركة الملك تحصل بمجرد بيع كل واحد منهما نصيبه ولا حاجة في ذلك الى العقد فقله ثم عقد الشركة بنا في كونها شركة ملك الا ان يقال اراد به هي شركة ملك وان عقدا الشركة لان هذا العقد كلا عقد لكون رأس المال عرضا الى هذا كلامه وقوله لان هذا العقد كلا عقدان اراد به انه لم تثبت هذه الشركة في هذا المال بالعقد فمسلم وان اراد ان هذا العقد لا اثر له في المستفاد بعد هذا ممنوع لان هذا العقد يفيد توكيل كل واحد منهما صاحبه ببيع نصيبه ثم بالشرع بعده بثمنه •

قله ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة بيان ذلك هو ان تكون قيمة عرض احد دما اربعمائة وقيمة عرض الآخر مائة فانه يبيع صاحب الأقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المناع كله اخماسا ويكون الربح بينهما على قدر رأس مالهما

ويجوز أن يشتركا من جهة أحدهما ما نأبى من الآخر دراهم وكذا من أحدهما دراهم ببض
ومن الآخر سود وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه
فإن عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وصنبيه من بعد أن شاء الله تعالى *
قال وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طوبى بثمرته دون الآخر لما بينا أنه يتضمن
الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الأصل في الحقوق *

قال ثم يرجع على شريكه حصته منه معناه إذا أدى من مال نفسه لأنه وكيل من جهته
في حصته فإذا نقد من مال نفسه رجع عليه فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله فعليه الحجة
لأنه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر القول للمكر مع يمينه *

قال وإذا هلك مال الشركة أو أحدهما لين قبل أن يشتريا شيئا بطلت الشركة
لأن المعقود عليه في عقد الشركة المال فإنه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود
عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لأنه لا يتعين الثمن
فيهما بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما إذا هلك المال
وكذا إذا هلك أحدهما لأنه موصى بشركة صاحبه في ماله إلا لشركه في ماله فإذا فات
ذلك لم يكن راضيا بشركته فبطل العقد لعدم فائده وإيهما هلك هلك من مال
صاحبه إن هلك في يده فظاهر وكذا إذا كان هلك في يد الآخر لأنه أمانة في يده
بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لأنه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالكين

قوله ويجوز أن يشتركا من جهة أحدهما ما نأبى من الآخر دراهم يريد أي شركة كانت
مفاوضة أو عانا **قوله** فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله أي الشراء والنقد بان قال اشترى عبد
ونقد الثمن من مالي ومات العبد فهذا مما لا يعرف إلا بقوله **قوله** بخلاف المضاربة
والوكالة المفردة فإن النقود لا تنعين فيهما بالتعيين وإنما تنعين بالقبض وقيدا لوكالة المفردة

(كتاب الشركة ... فصل)

وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما
وعملان فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه
الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما .

قال ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليس
بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه ولا يصح الا بما بينا ان المفاوضة تصح به للموجه الذي ذكرناه

والوضيعة على قدر المالكين والفرق بين الربح والوضيعة ان الربح يجوز استحقيقه
بالعمل بدون المال كما في المضاربة فبالعمل مع المال او على اموال الوضيعة فهلاك
جزء من المال وكل واحد منهما امين فيما في يده من مال صاحبه واشتراط
الضمان على الامين باطل الا ترى انه لا يجوز اشتراط الوضيعة على المضارب
لما قلنا كذا هنا .

قوله وهذا العقد اي عقد شركة العنان يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك
قوله ويشبه الشركة اي شركة المفاوضة فعملنا بشبه المضاربة وانما اظهرنا شبه المضاربة في حق
اباحة زيادة الربح بغير ضمان يمكننا العمل بالشبهين فاما متى اعتبرناها مضاربة في اشتراط
عملهما وابطلناها لم يتصورا منحقاق الربح اصلا بحكم الشركة فبتعذر العمل بالشبهين
قوله وبشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما وفي المضاربة اذا شرط
عمل رب المال بطل العقد وذلك لان المضاربة امانة وتام الامانة يقف على
التخليه بين الامين والوديعه فاذا شرط عمل رب المال لم توجد التخليه واما في الشركة
فكل واحد منهما كالاجير في مال الآخر فشرط عمل رب المال معنى لا يبطل العقد فان
من اسنا جراجير البعينة على العمل كان جائزا **قوله** للموجه الذي ذكرناه وهو انه
يؤدي الى ربح مالم يضمن .

قال وتجوز الشركة وان لم يخلط المال وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله اما هنا بخلافه

بينهما بحكم الوكالة وكانت شركة ملك حتى لا يملك احدهما ان ينصرف في نصيب الاخر ورجع المشتري على صاحبه بحصته من الثمن لانه اشترى بعضه بحكم الوكالة ونقد الثمن من مال نفسه فيرجع به عليه وان ذكر مجرد الشركة ولم يصرح بالوكالة فيها فالمشتري للمشتري خاصة لان الوقوع على الشركة حكم وكالة تثبت في ضمن الشركة وقد بطلت الشركة بهلاك مال احدهما فبطل ما في ضمنها اذ لا بقاء لما ثبت ضمنا بعد فوات المتضمن بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لكونها مقصودة فلا تبطل بطلان الشركة وذكر في بعض المواضع اذا اشترى الآخر بما له بعد ذلك يكون المشتري بينهما نصفين يريد به اذا صرح بالوكالة عند عقد الشركة .

قوله وانه بالخلط اذ الشركة عبارة عن الاختلاط وذلك انما يتحقق بالخلط بالملك والمعتبر في كل عقد . اهـ ونسبة اسم ذلك العقد كالحالة والكفالة فاذا خلط المالكين على وجه لا يمكن تمييزا احدهما عن الآخر فقد تحققت الشركة في المال فثبتني عليه الشركة في الربح فاما قبل الخلط لم تثبت الشركة في المال حتى اذا هلك رأس مال احدهما كان هالكاً عليه خاصة فلا تثبت الشركة في الربح قوله وهذا لان المحل هو المال يعني ان محل العقد هو المال الا ترى انه يضاف الى المال يقال شركة المال والشيء انما يضاف الى سببه او محله ولا سببية هنا فيكون محلاً والمحال شروط لا سباب قوله ولهذا يضاف اليه اي يقال عقد شركة المال

وان اشترى احد هما بما له وهلك مال الآخر قبل الشراء فالشترى بينهما على ما شرط لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد رحمه الله خلافا للحسن بن زياد رحمه الله حتى ان ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا تنقض بهلاك المال بعد تمامها .

قال ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بناه هذا اذا اشترى احدهما باحد المالكين او لاثم هلك مال الآخر اما اذا هلك مال احدهما ثم اشترى الآخر بالمال الاخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالشترى مشترك بينهما على ما شرط لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصريح بها فائمه فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بينا وان ذكرنا مجرد الشركة ولم ينص على الوكالة فيها كان المشترى للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة .

احترازا عن الوكالة التي في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فان الوكالة فيهما تبطل بطلان ما يضمنها من الشركة والرهن .

قوله خلافا للحسن بن زياد رحمه الله فانها شركة ملك عنده حتى لا ينعقد بيع احدهما الا في حصته لان شركة العقد بطلت بهلاك احد المالكين فان هلك احد المالكين ثم اشترى الآخر بما له ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة بان صرحا عند عقد الشركة ان ما اشتراه كل واحد منهما بما له هذا يكون مشتركا بينهما فالشترى مشترك بينهما كما شرط لان الشركة ان بطلت بهلاك احد المالكين فالوكالة المنصوص عليها باقية فكان المشترى مشتركا

قال ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة فتتضمنها وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا اسنا جره باجريل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله .

قوله لانها دون الشركة الا ترى انه ليس على المضارب شيء من الوضعية وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح واما اذا فسدت الشركة فالربح فيها على قدر رأس المال لهما **قوله** لانه تحصيل بدون الضمان في ذمة الدافع وفي المبسوط وله ان يدفع من مال الشركة مضاربة لان له ان يستأجر من يتصرف في مال الشركة باجر مضمون في الذمة فلان يكون له ان يستأجر من يتصرف ببعض ما يحصل بعمله من غير ان يكون ذلك مضمونا في الذمة اولى لان هذا انفع لهما **قوله** لان الشيء لا يستتبع مثله فان قيل المكاتب يكاتب عبده والمأذون يأذن ويجوز اقتداء المفترض بالمفترض والمتنفل بالمتنفل فيلزم منه استتباع الشيء مثله وكذا النص الناسخ يرفع النص المنسوخ وهما مثلان فاولى ان يستتبع مثله فلنا استتباع المثل في المكاتب والمأذون لم يكن مقصودا بل يثبت لهما من ضرورة اطلاق الاكتساب وفتح باب التجارة اما ههنا لو قلنا تجوز الشركة لاحد الشريكين يلزم استتباع المثل مقصودا وذلك لا يجوز كما في التوكيل فانه لا يجوز للموكيل ان يوكل غيره بمطلق التوكيل لان الثاني مثل الاول ولا ينتظمه مقصودا ولكن ينتظمه ضمنا كالوكالة الثابتة في ضمن الشركة وذكر في المبسوط هذا كله في حق الغير ابي عدم جواز استتباع الشيء مثله كما في الشركة والمضاربة فاما في حق نفسه فيجوز ان يوجب لغيره مثل ماله ولهذا كان للمكاتب ان يكاتب عبده وللمأذون ان يأذن لعبده لانه متصرف لنفسه بفك الحجر واما اقتداء المفترض بالمفترض فجوازه

(كتاب الشركة ... فصل)

وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا تجوز شركة النقبل والاعمال لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مسندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطاً ولان الدراهم والدنانير لا تتعيناان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف اصل وفي النصف وكيل واذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة النقبل .

قال ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم ومائة من الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعما لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة .

قال ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معناد في عقد الشركة ولان له ان يصنأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فملكه وكذا له ان يودعه لانه معناد ولا يجد النا جر منه بدا .

قوله وهذا اصل كبير لهما وهو ان الربح فرع المال ويتبني على هذا الاصل شرط اتحاد الجنس والمساواة في الربح والمال وبطل شركة النقبل والوجوه عند الشافعي رحمه الله لعدم المال **قوله** ولنا ان الشركة في الربح مسندة الى العقد يعني ان الاشتراك في الربح بالعقد لا برأس المال لان العقد يسمى عقد شركة فينبغي ان يتحقق معنى هذا الاسم فيه ولا تثبت الشركة في رأس المال لتوقف ذلك على الخلط كما بينتم فتعين ان يكون مثبتاً للشركة في الربح **قوله** في المستفاد به اي بالتصرف وهو الربح بدونه اي بدون خلط رأس المال **قوله** ونظيره في المزارعة وهو ان شرطاً لاحدهما نفراً مائة فالمزارعة باطله فكذا ما على الماذيات والسواني

ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لما لك وزفر رحمه الله فيهما لان المعنى
المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت ولو شرط العمل نصفين والمال اثلاثا جاز
وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز
العقد لنا دينه اليه وما ركشركة الوجوه ولكن نقول ما يأخذ لا يأخذ ربحا

وجه البديل احراز عن المقبوض على سوم الشراء والوثيقة احراز عن المقبوض
بجهة الرهن *

قوله ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك رحمهما الله فيهما
لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه اشارة الى ما ذكر قبله ان المقصود منه التحصيل
اي تحصيل المال اما اتحاد العمل فظاهر وما اتحاد المكان فلانه لو عمل احد
الشريكين في دكان والاخر في دكان آخر يجوز عندنا خلافا لهما فان قيل كيف
يتصور قول زفر رحمه الله في جواز الشركة عند اتحاد العمل وقد ذكر قبل هذا قول
زفر مع الشافعي رحمه الله في اشتراط الخلط حيث قال وهذا اصل كبير لهما حتى
يعتبرا اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال
ولا يجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال قلنا عن زفر رحمه الله روايتان في
اشتراط خلط المالين ذكرهما في المبسوط ذكرنا حديثنا مع الشافعي رحمه الله والاخر
مع مالك رحمه الله **قوله** ولو شرط العمل نصفين والمال اثلاثا اي المال الحاصل من
العمل اثلاثا جاز وهذا النوع من الشركة قد يكون عنا وقد يكون مفاوضة عند
استماع شرائطها لامكان تحقيق مقتضى المفاوضة في الاعمال كما في الاموال
وفي العنان من هذه الشركة يجوز شرط التفاضل في المال المستفاد بالعمل مع شرط
التساوي في العمل

قال ويوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف التوكيل بالشراء حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله .

قال ويد في المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك لاعلى وجه البذل والوثيقة نصارك الودعة .

قال واما شركة الصنائع ويسمى شركة التقبل كالأخطابين والصباغين يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال زفرو الشافعي رحمهما الله لا يجوز لان هذه شركة لا يبعد مقصودها وهو التمبر لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح تبني على الشركة في المال على اصلهما على ما قررناه ولنا ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكلا في النصف اصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد

ثبت بالاجماع وبقوله عليه السلام الامام ضامن ولان صلوة المنقدي مبنية على صلوة الامام في حق الجواز والغضاد بالحديث لان يكون صلوة الامام مستتعبة لصلوة المنقدي واما النسخ فهو رافع صورة ولكن في الحقيقة مبين انتهاء حكم المنسوخ في ان شرعيته كانت الى هذا الوقت فلم يكن رفعا في الحقيقة فلا يرد نقضه .

قوله بخلاف التوكيل بالشراء لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلم يستتبع التوكيل لانه مثل الاول وهنا الشركة انعقدت للتجارة لتحصيل الربح والتوكيل بالشراء من جملته اذ الربح كما يحصل بتصرفه يحصل بتصرف غيره فصا ركان كل واحد منهما وكيل خاص بالشراء فيله عمل برأيه ان يوكل غيره وانما لا يملك المشاركة وان تمكن منها عند فوائده عمل برأيه نصا اظهار التفاوت بين مائتين نصا وبين مائتين مقتضى تحصيل الربح قوله لاعلى

وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الاتري ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فيجري مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البذل *

قال واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا فنصح الشركة على هذا سميت به لانه لا يشتري بالنسيئة الا من كان له رجاءه عند الناس وانها تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة

قوله وهذا ظاهر في المفاوضة اي اذا كانت شركة التقبل مفاوضة بان اشترطا ان يكون قبول الاعمال منهما والعمل منهما والربح والوضعية بينهما على التساوي فهي شركة المفاوضة حتى تراعى فيها شرائط المفاوضة لوجود معنى المفاوضة وهي المساواة المطلقة وان تفاوتا في شيء مما ذكرنا فهي شركة عنان حتى تراعى فيها شرائط شركة العنان لغوات معنى المفاوضة **قوله** في ضمان العمل واقتضاء البذل وانما قيد بهما لان فيما عدا ذلك لم يجز هذا العقد مجرى المفاوضة حتى قالوا اذا اقر احدهما بدين من ثمن صابون واشنان منهنك او اجرا جيرا واجرة ثبت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه ويلزمه خاصة لان التخصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الانرار موجب المفاوضة كذا في الايضاح **قوله** وانها تصح مفاوضة فالمفاوضة منها ان يكون الرجلان من اهل الكفالة وان يكون ثمن المشتري بينهما نصفين وان يتلفظا بلفظ المفاوضة واما العنان منها فهو ان يجوز التفاصل في ضمان ثمن المشتري بينهما وينبغي ان يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وان اشترط الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما كذا في شرح الطحاوي رحمه الله

(كتاب الشركة فصل)

لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكل
 بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فينتقد ويقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة
 الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح مالم يضمن
 لا يجوز الا في المضاربة *

قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان كل واحد
 منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر ويبرأ الدافع بالدفع اليه

قوله لان الربح عند اتحاد الجنس اي الربح لا يظهر الا عند اتحاد الجنس اي
 الا اذا كان الربح من جنس رأس المال وعن هذا جعل رأس مال الشركة الدراهم
 والدنانير فكان بدل العمل لا الربح فلا يلزم حينئذ كونه ربح مالم يضمن
 وذكر في المبسوط الفرق بينهما من وجهين احدهما ان في التقبل الشريكين بائعان
 للمعمل وقد يكون بينهما في العمل تفاوت فيصح منهما اشتراط التفاوت في الربح
 فاما في شركة الوجوه فمشتريان يضمن في ذمتها فمع المساواة في ملك المشتري لا يصح
 شرط التفاوت في الربح **قوله** بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق اي الربح
 من جنس رأس المال في شركة الوجوه لان الاصل والربح فيها من جنس المال فيظهر
 الربح ثم لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ذلك ربح مالم يضمن وذلك لا يكون
 الا في المضاربة ولكن كان جواز ذلك فيها ايضا لوقوعه بمقابلة العمل في جانب المضارب
 لوقوعه في مقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجوه
 ولا ضمان بمقابلة زيادة الربح فيلزم فيها ربح مالم يضمن من كل وجه فلا يجوز
 بخلاف شركة التقبل فان الاصل فيها عمل والمستفاد منه مال فلم يتنقلا
 فلا يكون ربحا.

فصل في الشركة الفاسدة

ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والا صطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المال المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح

اي شركة الوجوه ليست في معنى المضاربة لان في شركة الوجوه كل واحد من الشريكين مضمون عليه العمل واما المال فليس بمضمون على المضارب وكذلك العمل ليس بمضمون على رب المال بخلاف العنان لانه في معنى المضاربة من حيث ان كل واحد من شريكي العنان يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فجاز اشتراط زيادة الربح في العنان كما جاز في المضاربة والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل في الشركة الفاسدة

قوله وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح نحو احتشاش الحشيش واجتناء الثمار من الجبال والبراري من الجوز والفستق وغيرهما فان عملاً ذلك وخطاه ثم باعاه قسم الثمن على كيل ما كان لكل واحد منهما ان كان كيليا او وزنه ان كان وزنياً لكل واحد منهما كان مالهما اصابه والثمن في البيع انما يقسم على مائة المعقود عليه ومائة المكيل والموزون يعتبر بالكيل والوزن فلهم اقسام الثمن بينهما على ذلك وان لم يكن كيليا او وزنيا يقسم الثمن على قيمة ما كان لكل واحد منهما لان معرفة المائة فيما لا يكال ولا يوزن بمعرفة القيمة وان لم يعرف مقدار ما كان لكل واحد منهما صدق كل واحد منهما الى النصف لانهما استويا في الاكتساب وقد كان المكتسب في ايديهما فكل واحد منهما في دعواه الى النصف انما يدعي ما كان في يديه والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل

في الابدال واذا اطلقت تكون عتاقا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا
لشافعي رحمه الله والوجه من الجائزين ما قدمناه في شركة التقبل *

قال وكل واحد منهما وكيل الاخر فيما يشتريه لان التصرف على الغير لا يجوز
الا بالوكالة او بالولاية ولا ولاية فتعين الوكالة فان شرط ان المشتري بينهما نصفان والربح كذلك
يجوز ولا يجوز ان يتفاد فيه وان شرط ان يكون المشتري بينهما اثنان فالربح كذلك
وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او بالعدل او بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب
يستحقه بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق
بما سواها الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي ربحه لم يجز لعدم هذه
المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك
في المشتري فكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة
وشركة الوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد
منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بها والله تعالى اعلم بالصواب *

قوله في الابدال اي في الثمن والمثل **قوله** لان مطلقه ينصرف اليه اي الى
العنان لان المعتاد فيما بين الناس شركة العنان فالمطلق ينصرف الى المعتاد كما
اذا اشترى بدراهم مطلق **قوله** وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او بالعمل
او بالضمان فان قيل يجوز ان يكون زيادة الربح لاحد مما لزيادة افعاله وعمله
كما في شركة العنان قلنا انما يجوز اشتراط زيادة الربح على زيادة الهداية والعمل
في مال معلوم كما في شركة العنان والمضاربة ولم يوجد هنا **قوله** بالنصف فبدلتا في
فانه يجوز ان يلقي باقل من النصف او اكثر **قوله** بالضمان اي يطالب الاستاذ
بتحصيل ذلك كان العمل مضمونا على الاستاذ **قوله** والوجه ليست في معناها

فللمعين اجر مثله بالغاما بلغ عند محمد رحمه الله تعالى وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه *

قال واذا اشتركا ولا حدهما بغل والاخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقي وعليه اجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل اما فساد الشركة فلا نعقادها على احرار المباح وهو الماء وما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل والراوية بعقد فاسد فيلزمه اجرة وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال

او يصير كل واحد منهما كاملا فوض مع صاحبه لنصف ما يكتسب بنصف ما يكتسب صاحبه وهذا مفارقة في المجهول فلا يكون صحيحة *

قوله فللمعين اجر مثله بالغاما بلغ عند محمد رحمه الله تعالى وعليه وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه لا يجاوز به نصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى فيعتبر رضاء في اسقاط حقه في المطالبة بالزيادة على ذلك الا ترى انه لو استاجر حمالا ليحمل له حنطة الى موضع كذا بقبض منها فحملها كان له اجر مثله لا يجاوز به ما سمي ولمحمد رحمه الله ان المسمى مجهول الجنس والقدر فانه لا يدري اي نوع من الخطب يصيبان وهل يصيبان شيئا ام لا والرضاء بالمجهول لا يصح واذا سقط اعتبار رضاء بقيت منفعه مستوفاة بعقد فاسد فله اجر مثله بالغاما بلغ الا ترى انه لو اعانه عليه فلم يصيب شيئا استحق اجر مثله بالغاما بلغ فاذا اصاب شيئا اولي بخلاف حمل الحنطة فان القبض منها معلوم فاعتبر رضاء في المعلوم فلهذا لا يجاوز به المسمى وتقدير قول

والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح نائباً عنه وإنما يثبت الملك لهما بالاخذ
واحرار المباح فان اخذاه معافيه وبينهما نصفان لاستواؤهما في سبب الاستحقاق وان اخذه
احدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل وان عمل أحدهما واعانه الآخر في عمله بان
قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه وجمعه وحمله الآخر

قوله ولا يصدق في الزيادة على النصف الابينة لانه يدعي خلاف ما يشهد الظاهر به
وكذلك الشركة بنقل الطين وبيعه من ارض لا يملكها او الجص او الملح او الكحل
او ما اشبه ذلك كذا في المبسوط •

قوله والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح نائباً عنه قيل ان التوكيل اثبات
ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بنبات للتوكيل وهذا المعنى لا يمكن
تحقيقه ههنا فلم تثبت الشركة كذا في الايضاح فان قيل يشكل هذا بالتوكيل بشراء عبد
غير معين فانه يجوز مع ان الوكيل كان يملك شراء نفسه قبل التوكيل وبعده فعلم
بهذا انه لا يشترط لصحة التوكيل ان لا يملك الوكيل ذلك التصرف قبل التوكيل
قلنا لا يشكل لما ان التوكيل بالشراء يخالف التوكيل بالاحتطاب لوجهين احدهما ان
في العبد المعين لا يملك الوكيل ان يشترية لنفسه بعد التوكيل وان كان يملكه قبله والتوكيل
بالاحتطاب في الحطب المعين وغير المعين سواء في انه لا يصح لوفوع التوكيل في امر
مباح لهما والثاني ان بالتوكيل يلزم الثمن في ذمة الموكل ولا يلزم قبله ولم يكن
الوكيل قادراً هنا كعلى الزام الثمن في ذمة الموكل قبل التوكيل فصح ما قلنا ان التوكيل
ثما يصح فيما لا يملكه الوكيل قبل التوكيل وهل شمس الائمة رحمه الله في المبسوط فقال
لان الاحتطاب اكتساب والاكتساب في المحل المباح يوجب الملك للمكتسب فحينئذ كان
كل واحد منهما يشترط لنفسه بعض كسبه صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان له فيه

فصل

وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال الاخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوة فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء الاول اولم يعلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا ديا على التعاقب اما اذا ديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المأمور باداء الزكوة اذا تصدق على الفقير بعدما ادى الامر بنفسه لهما انه ما مور بالتملك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التملك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية المؤكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحيج الامر لم يضمن المأمور علم اولا ولا بى حنيفة رحمه الله انه مأمور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر

فصل

قوله وقال لا يضمن اذا لم يعلم وفي الزيادات لا يضمن علم باداء شريكه اولا وهو الصحيح عندهما وكذا الخلاف في الوكيل باداء الزكوة وكذا الخلاف فيما لو دفع ماله الى رجل ليكفر منه فكفر الامر ثم كفر المأمور وهو لا يعلم ضمن عنده خلافا لهما وكذا الخلاف في الوكيل يعتق العبد عن الظهار اذا اعتقه بعد ما كفر الموكل بنفسه او بعد ما عمى العبد عند ابي حنيفة رحمه الله لا ينفذ عتقه وعندهما ينفذ سواء علم بتكفيرا لموكل اولم يعلم على ما ذكرناه في الزيادات قوله اما اذا ديا معا ضمن كل واحد منهما

ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيها تابع للمال فينقد رب قدره كما ان الربح تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما تستحق بالنسبة وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال واذا مات احد الشريكين او ارتد وانحى بدار الحرب بطلت الشركة لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتحقيق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالانحى للاحاق مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بين ما اذا علم الشريك بموت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي فاذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا نسخ احد الشريكين الشركة حيث ينوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي والله تعالى اعلم بالصواب.

محمد رحمه الله تعالى عليه على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه يدل على ان المختار قول محمد رحمه الله تعالى عليه الراوية المزادة من ثلثة جلود واصلمها بغير السقاء لانه يروى الماء اى يحمله *

قوله ويبطل شرط التفاضل لان العقد صار معنق النقض وفي ابقاء شرط شرط في العقد تقرير له وهو واجب الدفع لا واجب التقرير **قوله** لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ذكره في باب احكام المرتدين **قوله** لانه عزل حكمي فلا يشترط علمه لثبوت ضمان الغير كما اذا باع الموكل بالبيع قبل بيع الوكيل ينزل الوكيل هام ولم يعلم والله تعالى اعلم بالصواب.

اذهما لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطي لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا ديناً عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضي ديناً عليهما لما بينا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء بالاتفاق

الطالب فاذا كان الدين باقياً امكن القول بوقوع ما أدى المأمور قضاء عن الدين فيتحقق الامتثال اذ قضاء الدين جعل مثل الدين مضموناً على القابض وقد تحققنا ذلك فلا يضمن اذا لم يعلم فاما اذا علم يصير ضامناً لانه ما مور بقضاء الدين على وجه يسقط به المطالبة ولم يوجد ذلك منه لان المطالبة سقطت بقضاء الامر وان لم يسقط الدين فلم يكن مؤتمراً فيصير ضامناً بخلاف الزكاة فانها لا تبقى بعد اداء الامر فلا يمكن القول بوقوع ما أدى الوكيل زكاة فيصير ضامناً علم اولم يعلم •

قوله اذهما لا يملكان تغييره اي هما لا يملكان تغيير مقتضاها مع بقائها بدليل انها لو شرطتا التفاوت في ملك المشتري لم يعتبر ذلك مع عقد الشركة فاشبه حال عدم الاذن اذ الاذن انما يعتبر فيما لا يثبت بدونه وشراء احدهما صحيح بدون اذن شريكه وكذلك الملك في المشتري يكون لهما والثمن عليهما بدون اذن الشريك فيثبت ان اعتبار اذنه في انفراد المشتري بتملك الجارية وهذا التملك ثبت في ضمن الاذن بالوطي اذ مع وقوع الشراء على الشركة لا يحل له وطئها الا بعد تملك الاذن نصيبه منه بطريق الهبة فاقضى الاذن بالوطي بلا ذكر عوض شرطه التملك منه وهو الهبة وهي جائزة في الشائع فيما لا يقسم فكان الاذن نال له اشتر هذه الامتة على الشركة

(كتاب الشركة فصل)

وهذا المقصود حصل بادائه وعري اداء المأمور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي واماد م الا حصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الد م ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الا حصار وفي مثلتنا الاداء اجب فا اعتبر الا سقاط مقصود فيه دون د م الا حصار .

قال واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وقال لا يرجع عليه بنصف الثمن لانه ادنى دين عليه خاصة من مال مشرك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة المالك وله ان التجارية دخلت في الشركة على البنات جريا على مقتضى الشركة

نصيب صاحبه اي عند ابي حنيفة رحمه الله علم او لم يعلم فان قيل اذا ادبامعا ينبغي ان لا يجب الضمان عند ابي حنيفة رحمه الله لعدم سبق اداء الموكل فلم يقع فعل الوكيل نفلا قلنا اداء الموكل بنفسه ان لم يسبقه تحقيقا سبقه اعتبارا او تقدير الان تصرف الموكل على نفسه اقرب من تصرف الوكيل فيصير سا بقا معنى كالوكيل بالبيع مع الموكل اذا باعا وخرج الكلامان معا نفذ بيع الموكل دون الوكيل .

قوله وهذا المقصود حصل بادائه وعري اداء المأمور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي فان قيل يشكل بما اذا امر المديون الاخر بقضاء الدين من مال المديون فقبل ان يقضى المأمور قضاء المديون بنفسه ثم قضاء المأمور ان علم يصير ضامنا وان لم يعلم لا يصير ضامنا فلنا الدين يبقى دينا بعد القضاء وبالقضاء انما يكون للمديون على الطالب دين الا ترى ان الطالب اذا ابرأ المديون من الدين بعد قضاء الدين يصح للمديون ان يطالب بما اداة الى

كتاب الوقف

قال ابو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مات فقد وفقت داري على كذا وقال ابو يوسف رح يزول الملك بمجرد القول وقال محمد رح لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه قال رضي الله عنه الوقف لغة هو الحبس يقول واقفت الدابة واقفنتها بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة رحمه الله حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عند

كتاب الوقف

هو في الاصل مصدر وقفه اذا حبسه وقفا ووقف بنفسه ونفوا ينعدى ولا ينعدى وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم لانه قضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ او يعلقه بموته والصحيح ان في تعاقبه بالموث لا يزول ملكه الا انه يلزم بالاجماع ولكن عنده يكون رقبته ملكا لورثته اوله وعندهما لا يكون ملكا لاحد كما في الاعناق والمسجد وكذلك اذا قال ارضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة حال حيوتي وبعد مماتي او يقول ارضي هذه صدقة محرمة مؤبدة حال حيوتي وبعد مماتي او يقول حبس مؤبد الى آخرة فني هذه اللفاظ يصير لازما بالاتفاق

لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة نصا ركاما لطعام
والكموة والله تعالى اعلم بالصواب .

ثم تملك نصيبى بالهبة فاذا اشترى وقبض تمت الهبة كما لو اشترى هائم وهب
احدهما نصيبه من صاحبه فانها يصير له ويحل له وطعها والتمن عليهما بخلاف الطعام
والكموة لان ذا مستثنى من فضة الشركة بحكم الضرورة اذا الحاجة الى الطعام
والكموة اصلية لازمة والتخصيص بالهبة باطل لانه منقم فبقع الملك فى المشتري
للمشتري على الخصوص بنفس الشراء فيكون الثمن عليه على الخصوص
والحاجة الى الوطى غير معلومة الوقوع فى هذه الشركة فلم يثبت الاستثناء
حال الوقوع لعدمها فى الحال والوقوع بعد ذلك محتمل فلم يثبت الاستثناء
بالشك والله تعالى اعلم بالصواب .

اذله نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولا يبي حنيفه رحمه الله قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريم جاء محمد عليه السلام يبيع الحبس

لرسول الله عم ناقة يقال لها غصاء وبغلة يقال لها دلدل وفرس يقال لها السكب وحمار يقال له يعقور وعمامة يسمى الصحابة في هذا دليل على ان من قصد التقرب الى الله تعالى ينبغي ان يختار لذلك انفس امواله واطيبها وكذا وقف رسول الله عم حواط ووقف ابراهيم عم ناقة اليوم وكذا اوقف الصحابة رضى بمكة والمدينة ولان الانسان يحتاج الى صدقة دائمة على وجه لا يرد عليه النقص وذا في لزومه وقيل الفتوى على قولهما .

قوله اذله نظير في الشرع وهو المسجد فقالوا اتخاذا المسجد يلزم بالاتفاق وهو اخراج ملك المنفعة عن ملكه من غير ان يدخل في ملك احد ولا يكتسبها بتبصير محبوسة لنوع قرينة قصد هاتك كذلك في الوقف وله قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى اي لا مال يحبس بعد موت المالك عن القسمة بين الورثة وفرائض الله تعالى انصباء الورثة كما قال الله تعالى فريضة من الله قال الشيخ الامام المعروف بخوارزما رحمه الله تعالى والامام البزعي رحمه الله الاستدلال بهذا الحد يث ليس بقوي لانه انما يستقيم هذا اذا كان حق الورثة تعلق بماله فاما اذا كان قبل التعلق فليس كذلك الا ترى انه لو تصدق في صحته صدقة منفذة او وهب فانه لا يجري فيه الارث ولم يكن ذلك حبسا عن ذلك الا ان يقال ملكه لم يزل عن الموقوف بدليل انه يعتبر شرائطه في صرف الغلة ولو زال ملكه عن الرقبة لما اعتبر شرطه في التي هي تابعة للرقبة والرقبة قد زالت عن ملكه فعلى هذا يكون حبسا عن فرائض الله تعالى وذكر في المبسوط وقال ابن مسعود وابن عباس رضي الله تعالى عنهما لا حبس عن فرائض الله تعالى ولكنهم يحملون هذا الاثر على ما كان اهل الجاهلية يصنعونه من البحيرة والسائبة والوصيلة والحامي ويقولون

(كتاب الوقف)

وهو الملقب في الأصل والآصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العاريفه وهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الوقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعة الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث واللفظ ينتظمهما وترجيح بالدليل لهما قول النبي عم عمر رضي الله عنه حين اراد ان ينصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا تباع ولا تورث ولا توهب ولا ان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى

قوله وهو الملقب في الأصل أي في المبسوط قال في المبسوط فاما ابو حنيفة رحمه الله فكان لا يجيز ذلك ثم قال فمراده انه لا يجعله لازما فاما اصل الجواز فثبت عنده **قوله** واللفظ ينتظمهما أي لفظ الوقف والتصدق يتناول ما قاله ابو حنيفة رحمه الله وهو قوله ان الوقف حبس العين على ملك الوقف والتصدق بالمنفعة على الفقراء او على وجه من وجوه الخير بمنزلة العواري ويتناول ايضا ما قاله وهو حبس العين على حكم ملك الله تعالى ولما كان كذا لم يكن ترجيح احد المذهبين بلفظ الوقف اذ يتناولهما على السواء فلا بد من ترجيح احد المذهبين على الآخر بدليل آخر ثم ابتدأ ببيان دليلهما لهما قوله عليه السلام عمر رضي الله عنه كانت له ارض تدعى ثمغ بفنح الثاء المثلثة وسكون الميم وبالعين المعجمة فقال عمر رضي الله عنه يا رسول الله اني استغدت مالا وهو عندي نفيس انا تصدق به فقال عليه السلام تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لينفق ثمرته فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله تعالى وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على من وليه ان يأكل بالمعروف او يترك صد يقاله غير ممنول عنه وهذه الارض سهم عمر رضي الله تعالى عنه بخبر حين فعم رسول الله خير بين اصحابه وثمرغ لقب لها وقد كانت لا ملاكهم القاب حتى كانت

الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعة مؤبد ا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافعة فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشايخ ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ما يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال واذا كان المالك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه وهو قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه بمنزلة الا عتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد رحمة الله تعالى عليه لا بد من التسليم الى المتولي لان حق الله تعالى انما اثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التملك من الله تعالى وهو مالك الاشياء

زراعة وسكنى وغير ذلك كما ينتفع بالملوكات ومال العباد فيه نفع لا يصلح لله تعالى لان مال الله تعالى يجب ان يكون بوصف الخلو كالمسجد لما صار لله تعالى لا ينتفع بشيء من منافع الملك وان كان يصلح لها واذا ظهر ان الملك فيه باق وجب ان يبقى على ملكه ضرورة ولهذا بقي دابة وتدبيره بعده في نصيب القيم وتوزيع الغلة واعتبر شرطا طهروا لو خرج عن ملكه لما صح شرطه في الغلة كالمواثق عبده بشرط ان يصرف غلة الى كذا او جعل ارضه مسجدا بشرط ان يصلي فيه فلان دون فلان ومرويهما محمول على الوقف المضاف الى ما بعد الموت **قوله** الا ان يحكم به الحاكم ومروية حكم الحاكم ما ذكر في فتاوى فاضل خان رحمه الله وهي ان يسلم الواقف ما وقفه الى المتولي ثم يريد ان يرجع عنه فنازعه بعلقة عدم اللزوم فيخصمان الى القاضي فيقضى الحاكم بلزومه فان حكم رجلا فحكم بينهما بلزوم الوقف اختلفوا فيه والصحيح ان يحكم الحاكم لا يرتفع الخلاف والقاضي ان يبطله **قوله** والمراد بالحاكم المولى اي الذي رآه الخليفة عمل القضاء واما المحكم فهو الذي

ولأن الملك باق فيه بدليل أنه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للوقوف الأترياق له ولاية لتصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها ونصب القوام فيها إلا أنه يتصدق بمناجعة فصار شبيه العارية ولأنه يحتاج إلى التصديق بالغلة دائماً ولا تصدق عنه إلا بالبقاء على ملكه ولأنه لا يمكن أن يزال ملكه لا إلى مالك لأنه غير مشروع مع بقائه كالمساكنة بخلاف الاعتاق لأنه تلاف وبخلاف المسجد لأنه جعل خالصاً لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا ما ينقطع حق العبد عنه فلم يصح خالصاً لله تعالى قال رضي الله عنه قال في الكتاب لا يزول ملك الوقف

الشرع فدأبطل ذلك كله لكن نقول النكرة في موضع النفي يعم فيشأول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث إلا ما قام عليه دليل وعن شريح رحمه الله جاء محمد بن أبي يعقوب الحبيس بهذا بيان أن لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وأن شريعتنا نسخة لذلك وطريق الاستدلال بقول شريح رحمه الله أن هذا الإيعام لا بطريق التوقيف فيحمل على السماع السائبة هي النافذة التي تسبب لئذرو كان الرجل يقول إذا قدمت من سفرى أو برأت من مرضى فناقني سائبة وجعلها كالمخبره في تحريم الانتفاع يعني أن الوقف بمنزلة تسبب أهل الجاهلية من حيث أنه لا يخرج به العين من أن تكون مملوكة منفعته بها ولو سبب دابته لم يخرج من ملكه فكذلك إذا وقف أرضه أو داره وقد استبعد محمد بن حرق قول أبي حنيفة رحمه في المبسوط ولهذا سماه تحكماً على الناس من غير حجة فقال ما أخذ الناس بقول أصحابه إلا بتركهم التحكم على الناس فإذا كانوا هم الذين يتحكمون على الناس بغير أثر ولا قياس لم يقلدوا هذه الأشياء ولم يحمده على ما قال وفيل بسبب ذلك انقطع خاطره فلم يتم كن من تفريع مسائل الوقف واستندوا أصحابه بعده من تفريع مسائل الوقف كالخصاف وهلال رحمه الله

قوله ولأن الملك باق فيه يعني دل الدليل على بقاء الملك فيه وهو جواز الانتفاع به

قال ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف رح لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة فاما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد رحمه الله ايضا لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة ايضا عند أبي يوسف لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهياة فيهما في غاية القبح بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلًا في وقت بخلاف الوقف الامكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد رحمه الله لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب او وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة .

ذلك ولكنه في حكم ملكه لضرورة ان يصل اليه ثواب الغلة دائما فعلى هذا يزول الملك بالاجماع ولا يحتاج الى التخصيص بقولهما وقوله على اختلافهم لا يلزم التخصيص *

قوله والصدقة المنفذة اي الصدقة الخاصة المسلمة الى الفقير وهي المملوكة احتريزه عن الصدقة الموقوفة وهي التي نحن فيها فان الوقف صدقة ايضا لكن ليست بخاصة لعدم التملك من الفقراء ويحتمل ان يحتريز بالمنفذة عن الصدقة الموصى بها فانها تجوز في الشائع **قوله** الا في المسجد والمقبرة استثناء من قوله ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف رحمه الله **قوله** فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة بان كان الموضع

لا يتحقق مقصود او قد يكون تبعا لغيره في اخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة .

قال واذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ واذا امتنع مكان قوله واذا صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر املاكه ولا نه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط الملك الاول كسائر املاكه قال رضي الله عنه وقوله خرج عن ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق ذكره .

فوض اليه المحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين .
قوله لا يتحقق مقصود او انما يتحقق ضمنا كما في الزكوة تكون ملكا لله تعالى بواسطة كون المال ملكا للمفقير وهذا ايضا يكون لله تعالى بواسطة قبض المتولي **قوله** واذا صح الوقف على اختلافهم خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه ذكر بعد هذا ان قوله خرج من ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره فعلى هذا يكون صح بمعنى ثبت لا بمعنى لزم لان عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى اذا لزم بحكم الحاكم يخرج من ملك الواقف فلا يبقى للتخصيص بقولهما فائدة اما اذا جعل صح بمعنى لزم اي بحكم الحاكم عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى او تعليقه بالموت بمجرد القول عند ابي يوسف رحمه الله تعالى وبالتسليم الى المتولي عند محمد رحمه الله تعالى والى هذا اشار بقوله على اختلافهم خرج من ملك الواقف بالاجماع ويدل عليه قوله في اول الكتاب قال ابو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته بقي هنا اشكال وهوان في تعليقه بموته يلزم ولا يزول ملك الواقف قلنا زال عن الوقف بعد اللزوم ملكه الذي كان قبله اذ الملك هو المطلق المحاجزو لم يبق

لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وانه يتأبد كما لعنق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطالا كالتوقيت في البيع ولابي يوسف رحمه الله ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل ان التأييد شرط بالاجماع الا ان عند ابي يوسف رحمه الله لا يشترط ذكر التأييد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التملك كما لعنق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعد ها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد رحمه الله ذكر التأييد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة اوبا لغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقة لا ينصرف الى التأييد فلا بد من التنصيص .

قوله لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التملك ليس هذا مذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى ولكن هذه مذهبهما فيكون هذا تعليل محمد رحمه الله تعالى عليه على اصلهما فيكون حجة على ابي يوسف رحمه الله **قوله** وعند محمد رحمه الله ذكر التأييد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة اوبا لغلة ليس هذا قول محمد رحمه الله وانما هو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان حكم الوقف عنده حبس العين على ملكه والتصدق بالثمرة المعدومة وعندهما زوال العين الى الله تعالى فيصير محبوسا في ملك الله تعالى على ان تصل منفعته الى العباد فيكون التصديق بالمنفعة ثابتا في ضمن ازالة العين الى الله تعالى ولعل مراد محمد رحمه الله تعالى في قوله هذا صدقة بالمنفعة اوبا لغلة انه اخراج الملك الى الله تعالى وجه يكون تصدقا بالمنفعة والغلة فالاحاصل ان ابا يوسف رحمه الله ضيق اولا كل الضيق كما قال ابو حنيفة رحمه الله ثم رجع عنه ووسع كل التوسع ومحمد رحمه الله توسط بينهما فلما قلنا ان عامة المخايخ يقول محمد رحمه الله

قال ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى يجعل آخره
بجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه اذا سمي فيه جهة تنقطع
جازوا صار بعدها للفقراء وان لم يسمهم

صغير لا يصلح لما اراده الواقف وحاصل ذلك ان جعل المسجد والمقبرة في المشاع الذي
لا يحتمل القسمة لا يجوز اصلا لا قبل القسمة وهو حال كونه مشاعا لانه يمنع الخلو
ولا بعد القسمة لانه لا يصلح لما اراد به من اتخاذ المسجد والمقبرة لصغره لان الكلام فيه
فلا يكون مسجدا ولا مقبرة واما الوقف في الشائع الذي لا يحتمل القسمة فيجوز
بالاتفاق اما عند ابي يوسف رحمه الله فالشيوخ غير مانع اصلا واما عند محمد
رحمه الله فيجوز فيه لا يحتمل القسمة لصلاحه لما اراده الواقف فان الانتفاع بالشائع
ممكنا بطريق المباشرة او بطريق الاستغلال وقسمة الغلة واما المسجد والمقبرة
في مثل هذا الموضع يؤدي الى امر قبيح بان تقبر الموتى فيه سنة ويزرع سنة ويصلى
فيه في وقت وينخذ اصطبل في وقت بخلاف الوقف وعلى هذا الصدقة المملوكة
والهبة يعني لو اسحق جزء شائع من الهبة والصدقة المملوكة تبطل الهبة والصدقة
لانه بالا سحقيق تبين ان الهبة لاقت الشائع وفي اسحقاق المعين لا يبطل لانعدام
الشيوخ في الوقف .

قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى يجعل آخره
بجهة لا تنقطع ابدا يعني الى الفقراء فانهم لا ينقطعون وهذا الفرع عن ابي حنيفة
رحمة الله تعالى عليه على قول من يرى لزومه كما في المزارعة بدليل انه
قال في التعليل لهما ان موجب الوقف زوال الملك والملك لا يزول عند ابي
حنيفة رحمه الله تعالى عليه .

وقف كتابه المحافل بالمصحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما
وفراة واكثر فقهاء الا مزار على قول محمد رحمه الله ومالاتعامل فيه لا يجوز
وفقه عندنا وقال الشافعي رحمه الله كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز
بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه
لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصا ركادرا هم والدنا نير بخلاف العقار ولا معارض من حيث
السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل القياس وهذا لان العقار يتأبد والجهاد منام
الدين فكان معنى القرية فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما *

قال واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تملكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف
فيطلب الشريك القسمة فتصح مقاسمته اما امتناع التملك فلما بينا واما جواز القسمة
فلانها تتميز وافرار غاية الا مران الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة
الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الا فرار نظر الموقف فلم يكن بيعا وتملك

قوله وقف كتابه المحافل بالمصحف وهذا صحيح وفي فتاوى قاضي خان رحمه الله اختلف
المشايخ في وقف الكتب جوزة الفقيه ابو الليث رحمه الله وعليه الفتوى **قوله** مع بقاء اصله
احتراز عن الدراهم والدنا نير فان الانتفاع الذي خلقت الدراهم والدنا نير لا جله
وهو الثمنية لا يتمكن بهما مع بقاء اصله في ملكه **قوله** ويجوز بيعه احتراز عن ام الولد
فانه لا يجوز وقفها **قوله** ولا معارض من حيث السمع والقياس في المنقول ان لا يصح وقفه
لان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد من التأبد الا ان السمع عارض القياس في البعض كافي الكراع
والسلاح حيث ورد الآثار المشهورة وفي البعض عارض القياس التعامل كما في الفأس
والمرور والقدوم والقدور والمراجل فبقي الباقي كالثياب والبسط وكالعبيد والاماء قصدا
على القياس اذ لا معارض فيها من حيث السمع والتعامل **قوله** الا ان يكون مشاعا

قال ويجوز وقف العقار لان جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول **قال رضي الله عنه** وهذا على الارسال قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة بمقرها واكثرها وهم عبيدة جاز وكذا سائر آلات الحرث لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعاً ما لا يثبت مقصوداً كما شرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد رحمه الله معه فيه لانه لما جازاً نرا دبعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعاً الى قول محمد رحمه الله يجوز حبس الكراع والسلاح معناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف رحمه الله معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان الاثار المشهورة فيها منها قوله عليه السلام واما حاله فقد حبس ادرعا وافرسانه في سبيل الله تعالى وطلحة رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل الله تعالى ويروى واكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد رحمه الله انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالغاس والمرو والقديم والمنشار والجناراة وثيابها والقدر والمراجل والمصاحف وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد رحمه الله تعالى عليه يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى انه

قوله ولا يجوز وقف ما ينقل اي من مكان الى مكان ويحول اي يغبر من هيئة الى هيئة او هما مترادبان **قوله** وهذا على الارسال اي الاطلاق سواء كان بطريق التبعية او القصد **قوله** والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل ان التابيد شرط فيه والتابيد لا يتحقق في المنقول

ثم ان كل الوقف على الفقراء لا يظفر بهم واقرب اموالهم هذه الغلة فيجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخرة للفقراء فهو في مال الله شيء في حال حيوته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وان خرب يبني على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصرية الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة له والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى شيء آخر الا برضاة ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك

منفعة ثم المراد من الخراج ما يخرج من النفع من ملك انسان كغلة الارض والغلام والمراد من الضمان المؤنة اي كل من كان له منفعة شيء كان عليه مضرتة فكان معنى قوله الخراج بالضمان منفعة الغلة لك بسبب ان ضمانته وقيل معناه ان يشتري العبد فيستغله ثم يجديه عيافانه يردده والغلة له لانه لومات كان في ضمانته ولاجل هذا الخبر نقض عمر بن عبد العزيز قضاء حين قضى بالغلة للبائع *

قوله وعند الآخرين يجوز ذلك اعتبروا بما اذا كان الارض الموقوفة على الفقراء متصلة ببوت المصر يرغب في استئجار بيوتها ويكون غلة ذلك فوق غلة الارض كان المقيم ان يبني بيوتا ويوажرها لان الاستغلال بهذا الوجه يكون انفع للفقراء ومنهم من قال ليس للمقيم صرف الغلة الى زيادة العمارة ولهذا ليس له ان يشتري بالغلة دارا اخرى لضمها الزيادة الى الوقف واما تلك المسئلة فبناء البيوت ليس من باب الزيادة وانما ذلك تبديل جهة الاستغلال بجهة هي خير من الاول فالمستغل واحد والجهتان فيه مختلفتان والثانية خير من الاولى فكان ذلك بمنزلة العمارة لا بمنزلة الزيادة كذا في وقف هلال رحمة الله تعالى عليه

(كتاب الوقف)

ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية الى الوقف وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي او يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم ان اعطى الوقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان اعطى الوقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء •

قال والواجب ان يبتدئ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الوقف اولم يشترط لان قصد الوقف صرف الغلة مؤبد ولا تبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بها

الغالب جهة المبادلة في القسمة اذا كانت في غير المتطلبات فيكون في معنى البيع فيصح الاستثناء من قوله لم يجز بيعه •

قوله ولو كان في القسمة فضل دراهم اعلم ان ادخال الدراهم في القسمة لا يجوز الا بتراضهم او وقعت الضرورة في ادخالها بان وقع البناء في احد النصبين او كان احد النصبين اجود فحينئذ يجوز ان تعطى الدراهم من وقع البناء في نصيبه او وقع نصيبه اجود فيما روي عن ابي حنيفة رحمه الله على ما يجي في كتاب القسمة ان شاء الله تعالى **قوله** ان اعطى الوقف لا يجوز اي ان اعطى المشتري الوقف لا يجوز لان المشتري يأخذ بمقابلته الدراهم شيئا من الوقف فيصير الوقف بائنا للوقف في ذلك القدر فلا يجوز واما اذا اعطى الوقف فضل الدراهم المشتري جاز لان الوقف حينئذ يصير مشتريا شيئا بمقابلته الدراهم وواقفا لذلك الشيء الذي اشتراه فيجوز **قوله** ولان الخراج بالضمان هذا في الاصل لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم ومعناه الغرم بازاء الغنم من توليها رعاها توليها فارها ولهذا جرى لفظ الحديث مجرى المثل واصنع عمل في مضرة بمقابلته

قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها لانه لا بد من العمارة ليبقى على التاييد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها والا امسكها حتى لا يتعذر ذلك او ان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادة عينه الى موضعه يبيع ويصرف ثمنه الى المرممة صرفا للمبدل الى مصرف المبدل ولا يجوز ان يقسمه بمعنى النقص بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم في المنافع والعين حق الله فلا يصرف اليهم غير حقهم

قال واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف رحمه الله قال رضي الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جاز عند ابي يوسف رحمه الله ولا يجوز على قياس قول محمد رح وهو قول هلال الرازي رحمه الله قال الشافعي رحمه الله وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسألة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حيوته وبعد موته للمنفعة وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حيوته وبعد موته للمنفعة وسواء ولو وقف وشرط البعض او الكل لامهات اولاده ومدبريه ماداموا احياء فاذا ماتوا فهو للمنفعة والمساكين

المنفعة وقت الاجارة لئلا يلزم تملك المنافع المعدومة فلما ملكها في الاجارة ملك ايضا تملكها من غيره .

قوله وما انهدم من بناء الوقف وآلته اي آله البناء كالخشب وغير ذلك النقص بضم النون البناء المنقوض والجمع نقوض وعن الغوري النقص بالكسر لا غير كذا في المغرب وفي الصحاح ذكره بالكسر لا غير **قوله** واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز اما الاول وهو جعل الغلة لنفسه جاز عند ابي يوسف رحمه الله مشايخه بلخ وذكر الصدر الشهيد ان الفتوى على قول ابي يوسف رحمه الله ترغيبا للناس في الوقف **قوله** ولا يجوز على

والاول اصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة •
قال فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان
 على مأمرو صار كنفقة العبد الموصى بخدمته فاذا امتنع من ذلك او كان فقيرا آجرها
 الحاكم وعمرها باجرتها واذا عمرها ردها الى صاحب السكنى لان في ذلك رعاية الحقين
 حق الوانف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى اصلا والاول اولى
 ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في
 المزارعة ولا يكون امتناعه رضى منه بطلان حقه لانه في حيز التردد ولا تصح اجارة
 من له السكنى لانه غير ما يك*

قوله والاول اصح وهو ان يكون البناء الثاني مثل الاول لازما على الاول **قوله** والاول
 اولى وهو اجارة الحاكم وعمارتها باجرتها ثم ردها الى من له السكنى لان فيه رعاية الحقين
 والثاني ترك العمارة لان فيه فوت الحقين **قوله** ولا يكون امتناعه رضى منه هذا جواب
 من يقول انه لما امتنع عن العمارة فقد رضى ببطلان حقه فلا تجب رعاية حقه فاذا عمرها
 القاضي ينبغي ان لا يرد عليه فاجاب بان الرضاء في حيز التردد لاحتمال انه انما امتنع
 اعتمادا على ان القاضي اذا عمرها يردّها عليه اولان الامتناع يحتمل ان يكون لبطلان
 حقه ويحتمل ان يكون لنقصان ماله في الحال **قوله** لانه غير مالك والا جارة تملك
 المنافع بعوض والتملك لا يتحقق من غير المالك فان قبل المستأجر لا يملك الدار ومع
 ذلك كان ايمان يواجرها من آخر للسكنى وكذلك في كل عمل لا يختلف باختلاف
 المستعمل فانما هناك ماك المستأجر بالمنفعة وهذا يبحث بالمنفعة للموقوف عليه ليكون ثواب
 اباحة المنفعة راجعا الى الواقف حتى لم يبق ههنا ميبين الوقف مقام المنفعة في ابتداء
 الوقف لانه لا يلزم تملك المنافع المعدومة بخلاف الاجارة حيث اقيمت الدار مقام

فصار كما صدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولا يبي يوسف رحمة الله تعالى عليه ما روي ان النبي عليه الصلوة والسلام كان يأكل من صدقته والمراد منها الصدقة الموقوفة ولا يحل منها الا كل الا بالشرط فدل على صحته ولا ان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القرينة على ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا ان يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خاناً او سقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن فيه ولا ان مقصوده القرينة وفي الصرف الى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة واو شرط الواقف ان يستبدل به ارضاً اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله الرقف جائز والشرط باطل ولو شرط الخيال لنفسه في الوقف ثلاثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف رحمة الله عليه وعند محمد رحمه الله تعالى عليه الوقف باطل

الذي قدمناه اشارة الى قوله لا بد من التسليم الى المتولي لان التملك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعاً لغيره •

قوله فصار كما صدقة المنفذة اي سلم قدر امن ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط ان يكون بعضه من ملكه فان الصدقة بهذا الشرط لا يجوز **قوله** وشرط بالجربان جعل بعض المسجد لنفسه فهو مانع للجواز في الكل **قوله** فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه كما في الصيد والحشيش ومائر المباحات واذا شرط الواقف ان يستبدل به ارضاً اخرى اذا شاء ذلك صح الوقف والشرط عند ابي يوسف وهلال والخصاف رحمهم الله استحسنوا لان فيه تحويلة الى ما يكون خيراً من الاول او مثله فكان تقرير الا بطلا وعند محمد رحمه الله واهل البصرة الشرط باطل والوقف جائز

فقد قبل يجوز بالاتفاق وقد قبل هو على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم في حيوته كما اشتراطه لنفسه وجه قول محمد رحمه الله ان الوقف تبرع على وجه التملك بالطريق الذي قد مناه فاشترط البعض او الكل لنفسه يبطله لان التملك من نفعه لا يتحقق

قياس قول محمد رحمه الله تعالى عليه لان التسليم الى المتولي عنده شرط وقد عدم ههنا وقال الفقيه ابو جعفر رحمه الله تعالى عليه وليس في هذا عن محمد رحمه الله تعالى عليه رواية ظاهرة الاشياء ذكره في كتاب الوقف اذا وقف على امهات اولاده جاز قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله تعالى الوقف على امهات اولاده بمنزلة الوقف على نفسه لان ما يكون لام الولد في حال حيوة المولى يكون للمولى وقوله وهو قول هلال الرازي هكذا وقع في بعض نسخ الفقه بالرازي وذكر في المغرب وهلال الرازي بن يحيى البصري صاحب الوقف والرازي تحريف وقبل الخلاف بينهم ابناء على الاختلاف في اشتراط القبض والا فمرار فعند محمد رحمه الله التسليم شرط ليخرج العين عن ملكه الى الله تعالى وينقطع اختصاصه به وشرط الغلة ينافي ذلك *

قوله فقد قبل يجوز بالاتفاق وهذا على اصل ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه ظاهر فان عنده لو شرط بعض الغلة او كلها لنفسه في حيوته جاز فلامهات اولاده او لى وانما الاشكال على قول محمد رحمه الله فانه لا يجوز ان يشترط ذلك لنفسه واشترطه لامهات اولاده في حيوته بمنزلة الاشتراط لنفسه ولكنه يجوز ذلك استحسانا للعرف ولانه لا بد من تصحيح هذا الشرط لهن لانهن يعتنن بموته فاشراطه لهن كما اشتراطه لساير الاجانب فيجوز ذلك في حيوته ايضا تبع لما بعد الوفاة كما قال ابي حنيفة رحمه الله في اصل الوقف اذا قال في حيوتي وبعد مماتي يتعلق به اللزوم **قوله** ان الوقف تبرع على وجه التملك اي التملك من الله تعالى بالطريق

من جهته بشرطه فيمنحيل ان لا تكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولأنه اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولي بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولي بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ولو ان الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي ان ينزعها من يده نظر الفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس لسلطان ولا لقاض ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل والله تعالى اعلم بالصواب .

اقوام اي بعض المشايخ رحمهم الله ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت الولاية له وان لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشايخنا رحمهم الله تعالى الاشبه ان يكون هذا قول محمد رحمه الله تعالى لان التسليم الى القيم شرط صحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية الا اذا شرطها عند الاخراج عن ملكه الا ترى انه لو شرطها لغيره ثبت لغيره فاذا شرطها لنفسه اولي ان يثبت له لان هذا الشرط ابقاء للملاية الثابتة له معنى وذكر محمد رحمه الله تعالى في السير اذا وقف ضيعته واخرجها الى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك الا ان يشترط الولاية لنفسه واما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم وذكر في فتاوى قاضيخان رحمه الله تعالى عليه ولو قال ارضي هذه موقوفة ان شئت او احببت كان باطلا في قولهم لان هذا تعليق وتعليق الوقف بالشرط باطل في قولهم ولو قال ارضي هذه صدقة موقوفة ان شئت ثم قال شئت كان الوقف باطلا لما قلنا انه تعليق ولو قال شئت وجعلتها صدقة موقوفة صح لانه ابتداء وقف والله تعالى اعلم بالصواب .

وهذا بناء على ما ذكرنا وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف
رحمة الله تعالى عليه وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه
وقال أقوام إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وإن لم يشترط لم تكن له ولاية
قال مشايخنا الإشبكية إن يكون هذا قول محمد رحمه الله لأن من أصله أن النسليم إلى
القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم يتبق له ولاية فيه ولنا أن المتوحي انما يستفيد الولاية

لأن هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زوال الملك والوقف ينم به فيبقى الاستبدال شرطا فاسدا
فيبطل كما في المسجد إذا شرط الاستبدال أو شرط أن يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط
باطل واتخاذ المسجد صحيح كذا قلنا

قوله وهذا بناء على ما ذكرنا إشارة إلى أنه يجوز أن يجعل الواقف الغلة لنفسه مادام حيا
فكذا يجوز أن يشترط الخيار لنفسه ثلثة أيام ليروي فيه وعند محمد وهلال رحمهما الله تعالى
الوقف باطل لأن تمام الوقف على مذهب محمد رحمه الله تعالى عليه بالقبض وشرط
الخيار يمنع تمام القبض ولهذا لا يتم القبض في الصرف والسلام مع شرط الخيار ولأن تمام
الوقف بنتمام الرضاء ومع شرط الخيار لا يتم الرضاء فيبطل الوقف كالأكره على الوقف
ثم لما لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد رحمه الله تعالى عليه لم ينقلب جائزا
بإبطال الخيار بعد ذلك **قوله** وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف
رحمة الله تعالى عليه وهو قول هلال رحمه الله تعالى عليه أي فقد نص في فصل
الولاية بالجواز على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه في الكتاب بقوله
وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف رحمه الله
وذكر في المحيط وإذا وقف الرجل أرضه ولم يشترط الولاية لنفسه ولا لغيره فالوقف
جائز والولاية للواقف كذا ذكر هلال والخصاف رحمهما الله **قوله** وذكر هلال قال

قال ومن جعل مسجد تحت سر داب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى الخارج وعزله عن ملكة فله أن يبيعه وإن مات يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلق به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن رحمه الله أنه قال إذا جعل السفلى مسجد أو على ظهره مسكن فهو مسجد لأن المسجد مما يتأبد وذلك ينحقق في السفلى دون العلوى وعن محمد رحمه الله على عكس هذا لأن المسجد أعظم وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعذر تعظيمه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد رحمه الله أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلناه .

قال وكذلك إن اتخذ وسط دارة مسجد أو اذن الناس بالدخول فيه يعني له أن يبيعه ويورث عنه لأن المسجد ما لا يكون لأحد فيه حق المنع وإذا كان ملكه محيطاً بجوانبه كان له حق المنع فلم يصير مسجداً أولاً لأنه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد رحمه الله أنه لا يباع ولا يورث ولا يوهب اعتبره مسجداً وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله أنه يصير مسجداً لأنه ما رضي بكونه مسجداً أولاً يصير مسجداً إلا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقاً كما يدخل في الإجارة من غير ذكر *

وأقام وصلى وحده صار مسجداً بالاتفاق لأن أداء صلواته على هذا الوصف كالجماعة لا ترى أن أصحابنا رحمهم الله تعالى قالوا مؤذن مسجد إذا اذن وأقام وصلى وحده ليس لمن يجيء بعد ذلك أن يصلي بالجماعة في ذلك المسجد ويتبض المتواهي هل يصير مسجداً من غير أن يصلى فيه فقد اختلف فيه .

قوله وروى الحسن رحمه الله تعالى عنه أي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه **قوله** وعلى ظهره أي على سطحه **قوله** أجاز ذلك كله لما قلنا أي لضيق المنازل

فصل

واذا بنى مسجد الم يزل ملكه عنه حتى يعمره عن ملكه بطريقه وياذن للناس
 بالصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة رحمه الله عن ملكه اما الا فراز
 فلانه لا يخلص الله تعالى الابن واما الصلوة فيه فلانه لا يبد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد
 رحمهما الله ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلوة فيه والانه لما تعذر القبض يقام
 تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بالصلوة الواحدة فيه في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله
 وكذا عن محمد رحمه الله ان فعل الجنس متعذر فيشترط ادناه وعن محمد رحمه الله
 انه يشترط الصلوة بالجماعة لان المسجد بني لذلك في الغالب وقال ابو يوسف يزول
 ملكه بقوله جعلته مسجد لان التسليم عدة ليس بشرط لانه سقط ملكه بعد تبصر
 حاله الله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتناق وقد بيناه من قبل .

فصل

قوله فلانه لا يخلص الله تعالى الابن ولا بد ان يكون حاله الله تعالى لقوله تعالى وان المساجد
 لله اي مخصصة لله ولا يخلص الله تعالى الابن **قوله** ويشترط تسليم نوعه اي تسليم يليق
 بنوع هذه القرية ويشترط في كل نوع تسليم ما يليق به وهو في المسجد بالصلوة فيشترط ادناه
 وهذا لان المسجد موضع السجود وقد حصل ذلك بصلوة الواحد والواحد من المسلمين
 ينوب عن جماعتهم فيما هو حقهم ولهذا جعل امان الواحد من المسلمين كما ان الكل
 وعن محمد رحمه الله يشترط الصلوة بالجماعة وكذا عن أبي حنيفة رحمه الله يشترط مع ذلك ان تكون الصلوة
 باذان واقامة جهرا لاسرا حتى لو صلى جماعة بغير اذان واقامة سرالا جهرا لا يصبر مسجدا
 عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فان جعل للمسجد مؤذنا واماما وهو رجل واحد فاذن

قال ومن بنى سفاية للمسلمين او خاناً يسكنه بنو السبيل او رباطاً او جعل ارضه مقبرة لم ينزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة رحمه الله اذ له ان ينقطع عن حق العبد الا ترى ان لئان ينتفع به يسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضامة الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص الله تعالى من غير حكم الحاكم وعند ابي يوسف يزول ملكه بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد رحمه الله اذا استغنى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا الخلاف البئر الموقوفة والحوض ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه كلها لانه نائب عن الموتوف عليه وفعل النائب كفعل المنيوب عنه واما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليمه لانه لا تدبر المتوالي فيه وقيل يكون تسليمه لانه يحتاج الى من يكسبه ويغلق بابها فاذا سلم اليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولي له عرفاً وقد قيل هي بمنزلة السفاية والخان فيصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح وان كان بخلاف العادة ولو جعل داراً له بمكة سكنى لاحتاج بيت الله تعالى والمعتنمين او جعل دارة في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله تعالى

الحج كان لئان يصنع بهديه ماشاء وكذا لو كفن ميتاً ثم افترسه السبع عاد الكفن الى ملك صاحبه وكذا اذا علق قنديل او وسط حصيراً في المسجد ثم خرب المسجد وابو يوسف رحمه الله يقول بلى زال ملكه بجهة ولكن لم تبطل تلك الجهة لانه ما جعله

قال ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لانه يحترق من حق العباد وصار خالصا لله تعالى وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط العبد مائتة له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنده كما في الاعناق ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه يبقى مسجد ابي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد رحمه الله يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قرية وقد انقطعت فصار كحصير المسجد او حشيشه اذا استغني عنه الا ان ابا يوسف رحمه الله يقول في الحصر والحشيش انه ينقل الى مسجد آخره

قوله ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف رحمه الله هذه المسئلة جند على ان ابا يوسف رحمه الله لا يشترط في الابتداء اقامة الصلوة فيه ليصير مسجد انكذا في الانتهاء اذا ترك الناس الصلوة فيه لا يخرج من ان يكون مسجدا وعند محمد رحمه الله يشترط في الابتداء اقامة الصلوة فيه بالجماعة ليصير مسجدا كذلك في الانتهاء اذا ترك الناس الصلوة فيه بالجماعة يخرج من ان يكون مسجدا وحكي ان محمد رحمه الله مر بمنزلة فقال هذا مسجد ابي يوسف رحمه الله يريد به انه لما لم يقل يعود الى ملك الباني يصير منزلة عند تطاول المدة ومرا بويوسف رحمه الله باصطبل فقال هذا مسجد محمد رحمه الله يعني لما قال يعود ملكا فربما يجعله المالك اصطبل بعد ان كان مسجدا وكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بما اشار اليه وقيل هي من وضع الفرق الجاهلة المحمودة عند الله تعالى استخرجوا من اختلافهم الناحية عن الاجتهاد الصحيح ابا حنبل مختلفه عليهم ليضعوا من شأنهم بنقل الطعن عن بعضهم في بعض ويأبى الله الا ان يتم نوره فمحمد رحمه الله يقول انه جعل هذا الحرم مصروفا الى قرية بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه كالحصير اذا بعث بالهدي ثم زال الحصر فادرك

ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول والغني لا يحتاج
الى صرف هذه الغلة لغناه والله تعالى اعلم بالصواب هـ

وقال ابو حنيفة رحمه الله تعالى في هذا كله لصاحبه ان يرجع ويبطل ما صنع من
الصدقة والمقبرة والحدان والسفاية وغيرها ويبيعها وان مات كان ميراثا عنه الا ان يحكم
بها حاكم والفتوى في ذلك كله على قولهما للبلوي والتعارف وعليه اجماع
الامة الا ترى انه بقي آثار الماضين في هذه الوجوه وكفى بالاجماع حجة
والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب هـ

الحمد لله العلي العظيم والصلوة على رسوله الكريم
على اتمام الجلد الثاني من الهداية مع شرحها الكفاية

ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا إلا أن في الغلة بحل
للمفقراء دون الأغنياء وفيما سواه من سدى الخان والاستقاء من البئر والسقاية
وغير ذلك يستوي فيه الغني والفقير والفقير والفقير هو العرف بين الفصليين فإن أهل
العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الأغنياء

مسجدنا الصلي في أول المحلة لا غير وإنما جعل مسجدنا الصلي فيه العامة لأن العامة
حق إقامة الصلوة في المسجد واستدل أبو يوسف رحمه الله بالكعبة فإن زمان الفترة
فكان حول الكعبة عدة الأصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من أن يكون موضع
الطاعة وفرة حاصلة الله تعالى فذلك سائر المساجد وأما هدي الأحصار فهو لم ينزل
عن ملكه قبل التبع وكلاهما فيما إذا زال عن ملكه وكذلك الكعبة ليس بأرض العين
من ملكه بل هو موضع بالمنفعة الحاجة الميت فكان بمنزلة العارية حاله المحبوبة
وقد وقع الاستغناء للمستعير بعود إلى المعبر وأما الحصر والصحيح من مذهب
أبي يوسف رحمه الله أنه لا يعود إلى ملك متخذ بخيرات المسجد بل بحول إلى
مسجد آخر أو يبعه قيم المسجد للمسجد لأن الخلق عيال الله تعالى فمن كان أنفع لعيله
كان أحب إليه فلذلك اتخذت السقايات قربة والقربة ما يتقرب به إلى الله تعالى
والخان الموضع الذي يكون في المغاور في طريق البلاد ينزل فيه أبناء السبيل وقوله يصكنه
بموا السبيل تفسيره كقوله تعالى شريعة فليملن ويقال رابط الجيش أي أقام في الثغر
بإزاء العدو مرابطة وباطل منه أصبر وأصابروا ورابطوا أي أقاموا على جهادهم بالحرب
وقوله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون جمع رباط بمعنى مربوط والحاج اسم جمع
بمعنى الحاج كالسامر بمعنى السمار والثغر موضع المخافة من فروج البلدان

قوله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها لما بينا هذا أقولهما

